This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 205 340

Weyl

Vorträge

über das

Bürgerliche Gesetzbuch

Erster Band

Digitized by Google

W.

Jn 21 826

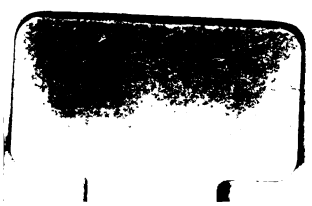
HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ERNST LANDSBERG

Received July 15, 1932



Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorträge

über das

Bürgerliche Gesetzbuch

für Praktiker

von

Dr. jur. **Richard Weyl,**
Privatdozenten an der Universität Königsberg und Gerichtsassessor.

In zwei Bänden.

Erster Band.
Einleitung. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse.

München 1898
C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
Oskar Beck.

Digitized by Google

For TX W548

JULY 15 - 1932

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Digitized by Google

Herrn Geheimen Justizrat Professor

Dr. Otto Gierke

in Berlin,

dem erfolggekrönten Vorkämpfer für deutsche Rechtsgedanken
im Bürgerlichen Gesetzbuche,

in aufrichtigster Verehrung gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

Eine gute Vorrede ist, wie man zu sagen pflegt, nur dazu bestimmt, eine böse Nachrede zu verhindern. Wenn ich dennoch, meiner bisherigen Gewohnheit untreu werdend, diesem Buche ein Geleitwort mitgebe, so erklärt sich das aus dem besonderen Zwecke des Werkes. Über ihn und die zu seiner Erreichung gewählte Methode bedarf es einiger Bemerkungen um so mehr, als das Buch in zwei Teilen erscheint, mithin nicht sogleich in vollem Umfange für sich selbst eintreten kann.

Aus dem Kreise der Königsberger Praktiker dazu angeregt, hielt ich im Winter 1897/1898 einen Vortragscyklus über das Bürgerliche Gesetzbuch für solche Juristen, welche mindestens die Referendarsprüfung erledigt hatten. Alsdann wurde ich von den Juristen zu Elbing aufgefordert, dort gleichfalls wöchentlich einmal Vorträge zu halten, an welchen auch die Richter und Anwälte einiger Nachbarstädte teilnehmen würden. Meinen Königsberger und Elbinger Zuhörern erschien nun der Gedanke, die Vorträge dem Drucke zu übergeben, begrüßenswert, und zwar auch im Interesse der vielen Praktiker, welche fern von einer Gerichtszentrale wohnen und keine Gelegenheit zur Teilnahme an Vortragscyklen finden. Denn daß ein Bedürfnis nach einer von außen gegebenen Anregung zum Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nach Einführung in den neuen Rechtsstoff vorliege, wurde

Digitized by Google

allseits ausgesprochen und wird ja durch die vielen Vortragscyklen bewiesen, die auch sonst von Universitätslehrern gehalten werden.

In seinem Kern ist nun mein Buch eine wörtliche Wiedergabe des mündlichen Vortrages. Dadurch hat es vielleicht gewisse Vorzüge behalten: die Vorzüge einer frischeren, lebendigeren Darstellungsweise, einer deutlicheren Illustration der Rechtssätze durch Beispiele aus dem täglichen Leben, einer helleren Beleuchtung der Grundgedanken des neuen Gesetzes überhaupt und der legislatorischen Tendenz jeder einzelnen Norm, sowie den Vorzug einer energischeren Betonung der praktischen Konsequenzen und eines gründlichen Vergleiches mit dem geltenden Rechtszustande. — Indessen mußte für die Drucklegung doch mancherlei geändert werden: der Wunsch nach Raumersparnis zwang bisweilen zu knapperer Formulierung und dazu, minder wichtige Erörterungen in die Anmerkungen zu stellen; andererseits war nun Gelegenheit gegeben, die Belege durch Gesetzescitate zu erweitern und (vgl. §§ 12, 42, 63, 64, 77, 84, 92) manche für den mündlichen Vortrag ungeeignete Punkte zu mehr oder minder ausgedehnter Darstellung zu bringen.

Aber auch der rein wissenschaftlichen Forschung konnte nun ein Dienst geleistet werden, indem ich mich stets bemühte, in den Anmerkungen die Nachweise aus den Gesetzesmaterialien zu bringen und die inzwischen erschienene sehr umfangreiche Litteratur heranzuziehen. Ein die Litteratur behandelnder besonderer Abschnitt wird freilich mit Rücksicht auf deren starkes Anschwellen und auf die einstweilen noch nicht abgeschlossenen Publikationen erst am Schlusse des zweiten Bandes gegeben werden.[1])

---

[1]) Einstweilen findet der Leser die vollen Titel der abgekürzt citierten Schriften und der Materialien in den Anmerkungen von S. 5 ab, insbesondere S. 6, 10, 15[1 und 2], 17[3 und 4], 18[2 und 3], 19 ff., 28[1 bis 5], 36[1], 50[1], 54[2], 59[1], 64[1], 89[7], 96[4], 97[3 und 4], 98[1], 316[1], 394[2]. — Die Kommissionsproto-

Digitized by Google

Im übrigen kann ich auf die Einleitung (§§ 1—12 S. 1—97) verweisen, insbesondere wegen der Aufgaben und der Methode meiner Vorträge (und daher dieses Buches), wegen des engen Anschlusses an die Disposition des Gesetzes, wegen der Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung und des geltenden Privatrechts, wegen der vorläufigen Zurückstellung des Internationalen Privatrechts und der Übergangsbestimmungen und wegen der besonders ausführlichen Erörterung des Charakters unseres neuen Gesetzbuchs, seiner Sprache und seiner Fassung.

Es sei noch bemerkt, daß der zweite Band, welcher im Herbst erscheint, ein sehr ausführliches Wort- und Gesetzesregister enthalten und letzteres nicht nur das Bürgerliche Gesetzbuch und das Einführungsgesetz sowie die neuen Nebengesetze, sondern auch das ältere Reichs- und Partikularrecht berücksichtigen wird.

Daß bei einem Werke, welches, wie das vorliegende, einem aktuellen Zwecke gerecht werden soll, der horazische Rat „nonumque prematur in annum“ nicht befolgt werden konnte, bedarf nicht der Begründung. Wohl aber mag diese Thatsache

kolle habe ich, soweit sie im Drucke erschienen sind (Lieferung 1—4), nach dieser Ausgabe (Berlin, Guttentag, 1897), im übrigen nicht nach den Seiten des amtlichen, metallographierten Exemplars (S. 1610—4862 und S. 6570 bis 9524), sondern nach dem jedermann leichter zugänglichen Werke von Haiblen (vgl. unten S. 96[4]) citiert. — Der Kommissionsbericht ist nach den Reichstagsdrucksachen 9. Legislaturperiode 4. Session, 1895/97, Anlageband III Nr. 440 S. 1935 ff. citiert, läßt sich aber leicht in die Paginierung der Sonderausgabe umrechnen mittels einer Formel, welche den Umstand berücksichtigt, daß die Sonderausgabe mit S. 1 beginnt und nur eine Spalte, nicht wie die von mir benutzte Ausgabe 2 Spalten hat. Diese Formel lautet: wenn man die Ziffer der Sonderausgabe x und die Seitenzahl in den Reichstagsdrucksachen a nennt: x = 2 (a — 1934). — Die Novellen zu den Reichsjustizgesetzen und der Entwurf eines Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind nach der Reichstagsvorlage (Dezember 1897), die Novelle zur CPO. und KO. bis Bogen 7 (der vor Dezember 1897 gedruckt war) nach der Denkschrift S. 455 ff., diese selber nach der Heymannschen Ausgabe (Berlin 1896) citiert. Für das gemeine Recht sind Windscheid in der 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891, und Dernburg Bd. I in der 5. Aufl., Berlin 1896, Bd. II und III in der 4. Aufl., 1894, citiert worden.

Digitized by Google

genügen, um etwaige Irrtümer und Ungenauigkeiten zu entschuldigen, für deren freundliche Mitteilung ich um so dankbarer sein werde, als ich sie dann in einem von mir für spätere Zeit geplanten, sehr breit angelegten Lehrbuche des deutschen Reichsprivatrechts leichter vermeiden würde.

Königsberg, im Mai 1898.

Richard Weyl.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1. Aufgabe und Methode der Vorträge 1
§ 2. Die Geschichte des BGB. 10
§ 3. Die äußere Gestalt des BGB. und seines Einführungsgesetzes . 22
§ 4. Das Verhältnis des BGB. zu den Reichsgesetzen und zu den Landesgesetzen 28
§ 5. Die Nebengesetze zum BGB. 42
§ 6. Das Inkrafttreten des BGB., des EBGB. und der Nebengesetze 43
§ 7. Gewohnheitsrecht und Autonomie 48
§ 8. Der Charakter des BGB.: Germanistische und soziale Färbung 53
§ 9. Insbes. die Berücksichtigung der modernen Verkehrs- und Wirtschaftsverhältnisse 76
§ 10. Die Fassung und Sprache des BGB. 84
§ 11. Die Behandlung des Stoffes 90
§ 12. Anhang 96

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

§ 13. Einleitung 98

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

§ 14. Die Disposition des Titels 99
§ 15. Die Rechtsfähigkeit. Die Geburt 100
§ 16. Der natürliche (und bürgerliche) Tod 103
§ 17. Die Volljährigkeit und Volljährigkeitserklärung . . . 104
§ 18. Die rechtserheblichen Altersstufen 106
§ 19. Die Entmündigung 110
§ 20. Der Wohnsitz (gewerbliche Niederlassung; Aufenthaltsort) 116

Digitized by Google

Seite

§ 21. Der Schutz des Namens 122
§ 22. Die Todeserklärung 127
§ 23. Der Geburts- und Berufsstand 138
§ 24. Die Krankheit 142
§ 25. Der Geschlechtsunterschied 144
§ 26. Das religiöse Bekenntnis 146
§ 27. Die Staatsangehörigkeit 147
§ 28. Die Ehre 150
§ 29. Der Konkurs 152

Zweiter Titel. Juristische Personen.

§ 30. Vorbemerkung 154
§ 31. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts . . . 156
§ 32. Die juristischen Personen des Privatrechts im allgemeinen 158
§ 33. Die Vereine 159
§ 34. Die Stiftungen 169
§ 35. Anhang: Einzelne juristische Personen, insbes. der Fiskus 173

Zweiter Abschnitt. Sachen.

§ 36. Vorbemerkung 178
§ 37. Sachen; körperliche Gegenstände 179
§ 38. Vertretbare Sachen, Gattungssachen, verbrauchbare Sachen 181
§ 39. Die Bestandteile 185
§ 40. Das Zubehör 194
§ 41. Früchte und Nutzungen 199
§ 42. Anhang: Andere Sachunterschiede 294

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

§ 43. Die Rechtsgeschäfte im allgemeinen. 213
Erster Titel. § 44. Die Geschäftsfähigkeit 214
Zweiter Titel. Die Willenserklärung.
§ 45. Die Willenserklärungen im allgemeinen 222
§ 46. Mängel der Willenserklärung 222
§ 47. Insbesondere der Irrtum 226
§ 48. Insbesondere Täuschung und Drohung 232
§ 49. Die Form der Rechtsgeschäfte 236
§ 50. Die Perfektion der Willenserklärungen 244
§ 51. Die Auslegung der Willenserklärungen 247
§ 52. Die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 250
Dritter Titel. § 53. Insbesondere der Vertrag 261
Vierter Titel. § 54. Bedingung. Zeitbestimmung 267

Digitized by Google

Seite

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

§ 55. Vertretung und Vollmacht im allgemeinen 273
§ 56. Insbesondere die Vollmacht 279
§ 57. Insbesondere der falsus procurator 282
Sechster Titel. § 58. Einwilligung. Genehmigung (Zustimmung) 284

Vierter Abschnitt.

§ 59. Fristen. Termine 288

Fünfter Abschnitt.

§ 60. Verjährung 291

Sechster Abschnitt.

§ 61. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe. 302

Siebenter Abschnitt.

§ 62. Sicherheitsleistung 305
§ 63. Anhang zum allgemeinen Teil 307

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

§ 64. Vorbemerkung 316

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

§ 65. Allgemeines. Gegenstand der Leistung 318
§ 66. Insbesondere die Zinsen 320
§ 67. Der Schadensersatz 324
§ 68. Die Rechnungslegung 329
§ 69. Die Alternativobligationen 330
§ 70. Teilleistung. Erfüllung durch einen Dritten 331
§ 71. Erfüllungsort und Erfüllungszeit 333
§ 72. Das Zurückbehaltungsrecht 334
§ 73. Die Unmöglichkeit der Erfüllung 335
§ 74. Das Verschulden 338
§ 75. Der Verzug des Schuldners 343
Zweiter Titel. § 76. Der Verzug des Gläubigers 346

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

§ 77. Vorbemerkung 349

Digitized by Google

Seite

Erster Titel. [illegible]

§ [illegible] Die Begründung des Vertrages . . . 349

§ [illegible] Der Inhalt des Vertrages . . . 350

Zweiter Titel. § [illegible] Vertrag . . . 354

Dritter Titel. § [illegible] . . . 361

Vierter Titel. § [illegible] . . . 363

Fünfter Titel. § [illegible] . . . 367

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ [illegible] Vorbemerkung . . . 371

Erster Titel. § [illegible] Die Erfüllung . . . 372

Zweiter Titel. § [illegible] Die Hinterlegung . . . 374

Dritter Titel. § [illegible] Die Aufrechnung . . . 378

Vierter Titel. § [illegible] Der Erlaß . . . 382

Vierter Abschnitt.

§ [illegible] Die Übertragung der Forderungen . . . 383

Fünfter Abschnitt.

§ 90. Die Schuldübernahme . . . 386

Sechster Abschnitt.

§ 91. Mehrheit der Schuldner und Gläubiger . . . 389

Siebenter Abschnitt. Die einzelnen Schuldverhältnisse.
(Besonderer Teil des Obligationenrechts.)

§ 92. Vorbemerkung . . . 394

Erster Titel. Kauf und Tausch.

§ 93. Disposition des Titels und der allgemeinen Vorschriften 394

§ 94. Die Wirkung des Vertrages im allgemeinen . . . 395

§ 95. Insbesondere die Gewährleistung wegen Mängel im Recht 397

§ 96. Insbesondere die Gewährleistung wegen Mängel der Sache 403

§ 97. Insbesondere die Gewährleistung bei Viehmängeln . . 411

§ 98. Besondere Arten des Kaufes . . . 414

§ 99. Insbesondere der Kauf nach Probe und der Kauf auf Probe . . . 414

§ 100. Insbesondere der Wiederkauf . . . 416

§ 101. Insbesondere der Vorkauf . . . 417

§ 102. Der Tausch . . . 420

Zweiter Titel. § 103. Die Schenkung . . . 420

Dritter Titel. Miete. Pacht.

§ 104. Vorbemerkung . . . 426

Digitized by Google

Seite

§ 105. Die Miete. Allgemeines 426
§ 106. Die Pflichten des Vermieters 427
§ 107. Die Pflichten des Mieters 432
§ 108. Die Beendigung der Miete 435
§ 109. Die Pacht 438
Vierter Titel. § 110. Die Leihe 443
Fünfter Titel. § 111. Das Darlehen 446
Sechster Titel. § 112. Der Dienstvertrag 448
Siebenter Titel. § 113. Der Werkvertrag 453
Achter Titel. § 114. Der Mäklervertrag 460
Neunter Titel. § 115. Die Auslobung 462
Zehnter Titel. § 116. Der Auftrag 464
Elfter Titel. § 117. Die Geschäftsführung ohne Auftrag . . 470
Zwölfter Titel. § 118. Die Verwahrung 474
Dreizehnter Titel. § 119. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten 477
Vierzehnter Titel. § 120. Die Gesellschaft 479
Fünfzehnter Titel. § 121. Die Gemeinschaft 487
Sechszehnter Titel. § 122. Die Leibrente 491
Siebzehnter Titel. § 123. Das Spiel. Die Wette 493
Achtzehnter Titel. § 124. Die Bürgschaft 494
Neunzehnter Titel. § 125. Der Vergleich 500
Zwanzigster Titel. § 126. Das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis 502
Einundzwanzigster Titel. § 127. Die Anweisung 504
Zweiundzwanzigster Titel. § 128. Die Schuldverschreibung auf den Inhaber 508
Dreiundzwanzigster Titel. § 129. Die Vorlegung von Sachen . . 515
Vierundzwanzigster Titel. § 130. Die ungerechtfertigte Bereicherung 516
Fünfundzwanzigster Titel. § 131. Die unerlaubten Handlungen . 523

Digitized by Google

Seite

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrages.
§ 78. Die Begründung des Vertrages 349
§ 79. Der Inhalt des Vertrages 350
Zweiter Titel. § 80. Insbesondere der gegenseitige Vertrag . 354
Dritter Titel. § 81. Die Verträge zu Gunsten Dritter . . . 361
Vierter Titel. § 82. Die Draufgabe und die Vertragsstrafe . 363
Fünfter Titel. § 83. Der Rücktritt 367

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 84. Vorbemerkung 371
Erster Titel. § 85. Die Erfüllung 372
Zweiter Titel. § 86. Die Hinterlegung 374
Dritter Titel. § 87. Die Aufrechnung 378
Vierter Titel. § 88. Der Erlaß 382

Vierter Abschnitt.

§ 89. Die Übertragung der Forderungen 383

Fünfter Abschnitt.

§ 90. Die Schuldübernahme 386

Sechster Abschnitt.

§ 91. Mehrheit der Schuldner und Gläubiger.. 389

Siebenter Abschnitt. Die einzelnen Schuldverhältnisse.
(Besonderer Teil des Obligationenrechts.)

§ 92. Vorbemerkung 394
Erster Titel. Kauf und Tausch.
§ 93. Dispositon des Titels und der allgemeinen Vorschriften 394
§ 94. Die Wirkung des Vertrages im allgemeinen 395
§ 95. Insbesondere die Gewährleistung wegen Mängel im Recht 397
§ 96. Insbesondere die Gewährleistung wegen Mängel der Sache 403
§ 97. Insbesondere die Gewährleistung bei Viehmängeln . . 411
§ 98. Besondere Arten des Kaufes 414
§ 99. Insbesondere der Kauf nach Probe und der Kauf auf Probe 414
§ 100. Insbesondere der Wiederkauf 416
§ 101. Insbesondere der Vorkauf 417
§ 102. Der Tausch 420
Zweiter Titel. § 103. Die Schenkung 420
Dritter Titel. Miete. Pacht.
§ 104. Vorbemerkung 426

Digitized by Google

Seite

§ 105. Die Miete. Allgemeines 426
§ 106. Die Pflichten des Vermieters 427
§ 107. Die Pflichten des Mieters 432
§ 108. Die Beendigung der Miete 435
§ 109. Die Pacht 438
Vierter Titel. § 110. Die Leihe 443
Fünfter Titel. § 111. Das Darlehen 446
Sechster Titel. § 112. Der Dienstvertrag 448
Siebenter Titel. § 113. Der Werkvertrag 453
Achter Titel. § 114. Der Mäklervertrag 460
Neunter Titel. § 115. Die Auslobung 462
Zehnter Titel. § 116. Der Auftrag 464
Elfter Titel. § 117. Die Geschäftsführung ohne Auftrag . . 470
Zwölfter Titel. § 118. Die Verwahrung 474
Dreizehnter Titel. § 119. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten 477
Vierzehnter Titel. § 120. Die Gesellschaft 479
Fünfzehnter Titel. § 121. Die Gemeinschaft 487
Sechszehnter Titel. § 122. Die Leibrente 491
Siebzehnter Titel. § 123. Das Spiel. Die Wette 493
Achtzehnter Titel. § 124. Die Bürgschaft 494
Neunzehnter Titel. § 125. Der Vergleich 500
Zwanzigster Titel. § 126. Das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis 502
Einundzwanzigster Titel. § 127. Die Anweisung 504
Zweiundzwanzigster Titel. § 128. Die Schuldverschreibung auf den Inhaber 508
Dreiundzwanzigster Titel. § 129. Die Vorlegung von Sachen . . 515
Vierundzwanzigster Titel. § 130. Die ungerechtfertigte Bereicherung 516
Fünfundzwanzigster Titel. § 131. Die unerlaubten Handlungen . 523

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

Meine sehr geehrten Herren!

§ 1. Aufgabe und Methode der Vorträge.

Nur etwa zehn Monate, nachdem am 26. Oktober 1895 zu Leipzig der Schlußstein zum neuen Reichsgerichtsgebäude in Gegenwart Sr. Majestät des Deutschen Kaisers gelegt worden war, ist ein mindestens ebenso gewaltiger Bau zur Vollendung gelangt und durch die kaiserliche Publikationsverordnung dem deutschen Volke übergeben worden: das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896, die würdigste und großartigste Festgabe, mit welcher sich gerade im Jubiläumsjahre der deutschen Einheit das deutsche Volk selber beschenkt hat. —

Ein Vergleich zwischen dem Reichsgerichtsgebäude und dem Bürgerlichen Gesetzbuche drängt sich aber nicht blos wegen dieser immerhin zufälligen Harmonie der Schicksale auf, sondern noch mehr darum, weil beide Bauten, der aus Sandstein und Mörtel und der aus Abschnitten und Paragraphen zusammengefügte, demselben idealen und schönen Zwecke gewidmet sind: als starker und sicherer Hort des deutschen Einheitsgedankens zu dienen, des Einheitsgedankens zwar mittelbar auch in politischer Hinsicht, aber unmittelbar in der Richtung auf Konformität des Rechtszustandes in allen deutschen Gauen. — Ja, giebt es nicht noch einen anderen Punkt, in welchem ein Vergleich des Bürgerlichen Gesetzbuches mit dem Reichsgerichtsgebäude zutreffend erscheinen wird? Wie zu Leipzig die vier Flügel der neuen Heimstätte einheitlicher Judikatur von einer imposanten Kuppel bedeckt werden, welche mit der auf ihr emporsteigenden Figur — der Wahrheit — dem ganzen Kunstwerke

Digitized by Google

erst den richtigen Abschluß und die Krönung giebt, so besteht bekanntlich auch das Bürgerliche Gesetzbuch aus vier gewaltigen Flügeln, welche die Grundsätze des Obligationenrechts, des Sachenrechts, des Familienrechts und des Erbrechts beherbergen und welche allesammt überragt werden von demjenigen krönenden Teile des Gesetzbuchs, der als erstes Buch, als „Allgemeiner Teil" den Blick des Beschauers zunächst auf sich lenkt.

Sie wollen nun, meine sehr geehrten Herren, die große Freundlichkeit haben, sich meiner Führung durch den neuen Rechtspalast anzuvertrauen. Dabei werden Sie Sich aber gewiß Alle gesagt haben, daß es unsere Aufgabe nicht sein darf, jeden einzelnen Raum oder gar jeden einzelnen Baustein ins Auge zu fassen und auf seine äußere Gestaltung und innere Beschaffenheit zu prüfen. Wir können vielmehr zunächst blos einen ziemlich eiligen Rundgang unternehmen, eine vorläufige Orientierung, deren Aufgabe darin besteht, einen Gesamteindruck zu gewinnen und die monumentalsten, hervorspringendsten Eigentümlichkeiten kennen zu lernen. Mit andern Worten: es soll uns der Bau in seinem Äußern und Innern soweit vertraut werden, daß später Jeder Einzelne sich allein und ohne fremde Führung darin zurechtfinden und alsdann nach Herzenslust sämtliche Winkelchen und Eckchen durchstöbern kann ohne Furcht, in dem Labyrinth der Gesetzesparagraphen den Faden zu verlieren.

Schon jetzt an eine gänzlich erschöpfende, Alles erörternde Betrachtung zu gehen, wäre nicht blos ein allzu kühnes und gefahrvolles Wagnis, sondern angesichts des großen Umfanges dieses neuen Rechtsbaus und angesichts der verhältnismäßig geringen Zahl von 25 Doppelstunden sogar ein Ding der Unmöglichkeit.

Zweck und Ziel meines Vortragscyclus ist somit eine vorläufige Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. — Aber auch über die Methode, welche uns zur Erreichung dieser Aufgabe verhelfen soll, bedarf es noch einer kurzen Bemerkung.

Da es der Mehrzahl nach rechtskundige Praktiker sind, denen ich meine Führerdienste zu widmen die hohe Ehre habe, so

Digitized by Google

muß ich mein Bestreben darauf richten, Ihnen gerade das zu zeigen, was einen Praktiker naturgemäß am meisten interessiert, also das, was nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs — nach dem 1. Januar 1900 — die künftige Praxis in erster Linie beschäftigen wird. Ich will daher alle solche Rechtsinstitute, welche vielleicht von hohem theoretischen Wert, keineswegs aber von eminenter forensischer Wichtigkeit sind oder werden können, so kurz als möglich behandeln und darum solchen Angelegenheiten wie Erbvertrag, Nacherbfolge, Erbbaurecht und Auslobung oder wie etwa auch Adoption und Großjährigkeitserklärung oder Nichtigkeit einer Ehe, die doch auf der Bühne der Praxis eine sehr untergeordnete Rolle spielen, nur eine knappere Darstellung einräumen, hingegen Rechtsverhältnisse wie Kauf und Miete, Testament und eheliches Güterrecht, kurz alles was zur „Jurisprudenz des täglichen Lebens" gehört, in den Vordergrund treten lassen.

Desgleichen will ich Sie, meine hochverehrten Herren, nicht mit aller kleinen Kasuistik über die Arten der Vermächtnisse oder über die Arten und Wirkungen des Wildschadens u. dergl. überschütten; denn ich meine, daß es mit Betrachtung derartiger Details noch Zeit und Wege hat bis kurz vor dem 1. Januar 1900, ja wohl auch darüber hinaus. Was aber bereits jetzt jedem deutschen Juristen Not thut, ist, daß er sich die Grundlinien und *Grundgedanken* einprägt, d. h. also die wichtigsten Vorschriften des allgemeinen Teils und die allgemeineren Vorschriften der andern vier Bücher, sowie vor Allem diejenigen elementaren Ideen, *welche sich durch sämtliche fünf Bücher hindurchziehen*. Ja, wir werden sogar mit den zuletzt genannten Ideen beginnen und so dem allgemeinen Teile noch einen allgemeinsten voranschicken. — Diese Methode wird uns zugleich den wichtigen Vorteil großer Zeitersparnis eintragen und, was mir noch wichtiger scheint, uns besser mit dem *Geiste* des künftigen Rechtes bekannt machen, so daß sich von diesem Hintergrunde die Einzelheiten des Gemäldes plastischer abheben und damit zugleich nachdrücklicher in der Erinnerung festsetzen.

Da es Praktiker sind, welche für ihre juristische Thätigkeit

Digitized by Google

nach dem 1. Januar 1900 schon jetzt eine Basis gewinnen wollen, auf der sie dann selber weiterbauen, so scheint es mir ferner notwendig und geboten, daß wir uns bereits in diesen Vortragsstunden an die Handhabung des Gesetzbuchs selber gewöhnen und daß wir uns für unsere Marschroute seiner eigenen Leitung anvertrauen, um auch später uns jederzeit anstrengungslos und gefahrlos in dem Straßengewirr dieses juristischen Neulandes zurechtzufinden. Es wird sich darum die systematische Behandlung des Stoffes eng anschmiegen müssen an die Struktur des Gesetzbuchs selber, und auch wir werden, wie es das Gesetzbuch thut, fünf große Teile zu unterscheiden haben, deren Namen — allgemeiner Teil, Obligationenrecht (oder vielmehr „Recht der Schuldverhältnisse"), Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht — ich bereits erwähnt habe. Obwohl nun eine konsequente Verfolgung des von mir gewählten Vergleichs mit der das Gebäude krönenden Kuppel eigentlich dahin führen müßte, daß der „Allgemeine Teil" zuletzt dargestellt würde, so wollen wir ihn dennoch voranstellen. Nicht blos, weil das Bürgerliche Gesetzbuch selber dies thut, nicht blos, weil uns ohne gewisse Vorschriften des allgemeinen Teils (z. B. über Fristen, Termine, Verjährung, Handlungsfähigkeit, Vertretung und Vollmacht) andere Vorschriften der vier besonderen Teile schwerer verständlich sein würden — denn die umgekehrte Behauptung ließe sich vielleicht ebensogut beweisen[1]) — sondern noch aus einem andern Grunde, der wiederum an die Eigenschaft meiner verehrten Zuhörer als Praktiker anknüpft.

Ihre praktische Schulung ist zwar eine wesentlich landrecht-

[1]) Zum Teil — nämlich was den Vorzug einer Klarlegung der Einzelheiten eines neuen Rechtsstoffs vor Erörterung der sie verbindenden gemeinsamen Ideen betrifft — lassen sich auch hier die Bemerkungen verallgemeinern, welche ich in meinem Lehrbuche des Reichsversicherungsrechts (Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung, Leipzig 1894) S. 81 Anm. gegeben habe, um die Voranstellung eines besonderen Teiles vor den allgemeinen Teil zu rechtfertigen: ein Verfahren, dem wiederholt ausdrückliche Billigung zu Teil geworden ist (vgl. meine Bemerkungen in der Kritik zu den arbeiterversicherungsrechtlichen Werken von Rosin und Menzel in Baumgartners Zeitschrift für Versicherungsrecht und -wissenschaft Bd. II [Leipzig 1896] S. 196 Anm. 4 und neuestens Laß in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 47, Stuttgart 1898, S. 170 f.).

Digitized by Google

liche. Jedoch ist bei der augenblicklichen Gestaltung des Rechtsunterrichts das Pandektenrecht so sehr an die Spitze des civilistischen Universitätsstudiums gestellt, das Pandektenrecht bildet so sehr die Muttermilch, welche der jugendliche Jurist von der Alma Mater empfängt und der erst in den späteren Semestern die an sich auch schwerere Kost des Preußischen Privatrechts folgt, daß wir von jenem uns in Fleisch und Blut übergegangenen Nahrungsstoffe auch als ältere Juristen, als langjährige Praktiker noch immer zehren. Wem von uns würde es im Ernste einfallen, wenn er einen Rechtsbegriff, sei es in bewußt-spekulativer Weise, sei es mittels unbewußter Gedankenoperation, rubrizieren und in einem Schubfache des juristischen Gedankenschreins unterbringen will, hierfür die zweifellos interessante und geistreiche, aber auch zweifellos viel zu komplizierte Systematik des Preußischen Landrechts zu wählen? Weit bequemer, nicht blos weil uns vom ersten Semester anerzogen, sondern auch weil dem natürlichen Menschenverstande näher stehend, ist doch die althergebrachte, durch den Gebrauch der Pandektenlehrbücher geheiligte, aber ebenso auch von Dernburg[1]) und Förster-Eccius[2]) befolgte Einteilung des Privatrechts, welche mit dem Allgemeinen Teile beginnt, der die Grundbegriffe und das Personenrecht umfaßt, und auf diesen Allgemeinen Teil ein Sachenrecht, ein Obligationenrecht, ein Familienrecht und ein Erbrecht folgen läßt. — Da wir uns nun in der glücklichen Lage befinden, daß, wie ich bereits hervorhob, auch das Bürgerliche Gesetzbuch selber, an dessen Handhabung wir uns doch schon jetzt gewöhnen wollen, die gleiche natürliche Einteilungsweise gewährt hat, so nehme ich keinen Anstand, auf landrechtlichem Boden hier und auch bei den Einzelheiten der Disposition mich dem Beispiele des gemeinen Rechts anzuschließen.

Andererseits aber hat mich der Umstand, daß meine verehrten Zuhörer landrechtliche Praktiker sind, zu der Überzeugung ge-

[1]) Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. I, 5. Aufl., Berlin 1894, Bd. II, 5. Aufl., 1897, Bd. III 4. Aufl., 1896.

[2]) Förster, Preußisches Privatrecht. Auf der Grundlage des Werkes von Förster bearbeitet von Eccius. 7. Aufl. Bd. I bis III, Berlin 1896, Bd. IV 1897.

Digitized by Google

führt, daß es das Richtigste ist, wenn ich hinsichtlich der Unterpunkte selber — z. B. also betreffs des Kaufes und der Miete, betreffs des Besitzes und der sonstigen dinglichen Rechte, betreffs des ehelichen Güterrechts und der Ehescheidungsgründe — als Ausgangspunkt nicht etwa die gemeinrechtliche Theorie und Praxis wähle, sondern die des Preußischen Privatrechts, indem ich nämlich, wo irgend es von Erheblichkeit erscheint, Ihnen mitteile, ob die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit denen des Preußischen Privatrechts übereinstimmen und inwieweit sie von jenen abweichen. Denn in der Betrachtung der Einzelheiten liegen Ihnen, meine Herren, oder doch denjenigen von Ihnen, welche die zweite Staatsprüfung hinter sich haben, zweifellos die landrechtlichen Resultate und Ideen näher, als die gemeinrechtlichen.

Nichtsdestoweniger wird auch hier das gemeine Recht als die Grundlage alles dermaligen civilistischen Denkens hindurchschimmern,[1]) indem wir uns gewisser Rechtssätze lieber in der typisch und sprichwörtlich gewordenen Form des Pandektenrechts erinnern als in der Wortfassung des Allgemeinen Landrechts. Ich denke hier an Wendungen wie „dies certus an certus quando“, „servitus oneris ferendi“, „jus tollendi“, „beneficium inventarii“ und an Ausdrücke wie „Pertinenzqualität“, „Prädialservitut“, „Naturalkomputation“ oder an prägnante Sätze wie „nasciturus pro jam nato habetur“, „pater est quem nuptiae demonstrant“, „dies interpellat pro homine“, „genus perire non censetur“. Denn in derartigen Formeln, welche seit Jahrhunderten das tägliche Rüstzeug der Pandektisten bilden, besitzt auch jeder andere Jurist nicht blos gegenwärtig, sondern ebenso für das künftige bürgerliche Recht mnemotechnische Hilfsmittel ersten Ranges.

[1]) Ich bemerke, daß ich mit Rücksicht auf die Drucklegung meiner Vorträge das Manuskript nachträglich insofern nicht unwesentlich verändert habe, als ich zu Gunsten der gemeinrechtlichen Praktiker auch den Standpunkt des gemeinen Rechts sehr oft hervorgehoben habe. Dabei diente mir als gutes Hilfsmittel: von Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts (Berlin 1897), wogegen ich dem Buche von Wanjek, Preußisches und Deutsches Civilrecht, Berlin 1897, für meine Zwecke wenig abgewinnen konnte.

Digitized by Google

Die Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche,[1]) welche teils den Charakter von Kommentaren, teils den von Lehrbüchern, teils den von Monographieen oder von Einzelaufsätzen in Zeitschriften trägt, werde ich (ebenso wie die Grundsätze über zeitliche und örtliche Kollision der Rechtsnormen, vgl. unten § 3 a. E. S. 28) erst am Schluße des Vortragscyclus besprechen und zwar weil die vorhandenen Bücher zur Zeit größtenteils in den Anfängen stehen geblieben, möglichenfalls aber bei Ende unseres Kursus weiter vorgeschritten sind, und weil täglich neue Erscheinungen die Presse verlassen. Was jedoch an abgeschlossenen Untersuchungen vorliegt, werde ich stets an Ort und Stelle anführen. Die wichtigeren Erscheinungen aus der älteren Literatur (aus den Vorstadien des Gesetzes) sowie die Materialien zum Gesetze Ihnen zu nennen, werde ich indessen schon sehr bald Gelegenheit finden.

Daß ich nicht blos das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner gegenwärtigen Gestaltung darstellen, sondern erforderlichenfalls an den Bestimmungen Kritik üben werde, dürfte Ihnen selbstverständlich erscheinen.

Dagegen gedenke ich zwei andere Dinge auf das Mindestmaß einzuschränken, welche an dieser Stelle — in einem Hörsaale der Universität — sonst aus guten Gründen für unentbehrlich gelten. Es sind dies: eine nicht nur bis zu Paragraphen, sondern auch bis zu Ziffern genaue Gruppierung des Stoffes und eine Schilderung der historischen Entwickelung jedes Rechtsinstitutes oder gar jedes einzelnen Rechtssatzes.

Den Stoff bis zu den Einzelheiten in die Zwangsjacke einer strengen Disposition zu pressen, würde mir in unserm Falle als Zeitverschwendung erscheinen, da Sie mit Ihrem geschulten Denkvermögen die meinen Vorträgen zu Grunde liegende Einteilung, auch ohne daß ich diese besonders markiere, von selbst herausmerken werden und da ich zufolge meiner Erörterungen über die Harmonie des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der hergebrachten und in der That

[1]) Die Titel einiger besonders wichtiger Worte vgl. jedoch bereits unten in den Anmerkungen zu S. 10, 15 und 28.

Digitized by Google

rationellen Disposition einer jeden Darstellung des Civilrechts geradezu in die bequeme Lage versetzt bin, auf das Inhaltsverzeichnis Ihrer Textausgabe als Leitfaden zu verweisen. Dies freilich nur im Allgemeinen. Denn im Besondern muß ich mir vorbehalten, den Stoff etwas abweichend vom Gesetzbuch selber zu gruppieren, und wir werden sogar mehrfach Gelegenheit haben, ganz ausdrücklich und ganz nachdrücklich mit der Gruppierung, welche der Gesetzgeber beliebt hat, zu rechten.

Was nun aber den zweiten Punkt, die Entwickelungsgeschichte der einzelnen Rechtsinstitute und Rechtssätze, anbetrifft, so möchte ich auch hier dem Standpunkte der Praktiker Rechnung tragen, denen es interessanter, weil wichtiger erscheinen wird, zu wissen, wie das Resultat positiv lautet und was sich aus ihm des Weiteren folgern läßt, als zu hören, warum die Veränderung der Kulturverhältnisse in der Zeiten Lauf mit Naturnotwendigkeit auch eine Umgestaltung der Rechtsverhältnisse und der Rechtsanschauungen in dieser oder in jener Richtung herbeiführen mußte. Nichtsdestoweniger freilich werden sich uns für einzelne Fragen derartige kurzgefaßte historische Exkurse unbedingt aufdrängen, zumal bei solchen Problemen, welche in den Zeitungen, in den Zeitschriften und in der Brochurenliteratur Lieblingsthemata der Diskussion geworden sind. Ich erinnere an die lebhaften Debatten, welche von den Anhängerinnen und Vorkämpferinnen der Frauenemanzipation heraufbeschworen wurden, an die Debatten über die Ehescheidungsgründe, insbesondere über Geisteskrankheit als Ehescheidungsgrund, und über die Zulassung bloßer Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett, vor allen Dingen aber an die Fehde, welche sich in den beiden Sätzen „Kauf bricht Miete“ und „Kauf bricht nicht Miete“ zuspitzte. Wie wir bereits in einer der nächsten Stunden sehen werden, ist nämlich der Satz „Kauf bricht Miete“ als besonders charakteristischer Niederschlag der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse im alten Rom zu betrachten, der gegenteilige Satz „Kauf bricht nicht Miete“ als ebenso charakteristischer Niederschlag der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Gegenwart.

Digitized by Google

Solche Beispiele beweisen, daß bisweilen ein historischer Rückblick unentbehrlich ist, um das Auge für die Würdigung des Ausblickes auf die zukünftige Rechtsgestaltung zu üben. Diese Beispiele lehren aber zugleich noch ein Anderes. Und damit komme ich zu dem letzten Punkte, hinsichtlich dessen ich mich verpflichtet fühle, Ihnen vor Beginn der eigentlichen Darstellung und bevor wir uns medias in res stürzen können, gleich in der ersten von 25 Doppelstunden sozusagen mein Programm zu entwickeln. Das ist nämlich die Frage, inwieweit uns die beiden ersten Lesungen und überhaupt die einzelnen Vorstadien des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu interessieren haben. Die Antwort darauf lautet: Wiewohl es auch nach dieser Richtung hin für Praktiker das Wichtigste ist, das Endresultat des Entwickelungsprozesses zu kennen, so sind vielfach auch die früheren Phasen dieses Prozesses von Bedeutung, um die endgültige Gestaltung richtig verstehen und würdigen zu können. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist keineswegs wie eine Aphrodite Anadyomene aus dem Schaume einer einzigen parlamentarischen Session emporgestiegen, das Bürgerliche Gesetzbuch hat auch nicht, bevor es ans Licht der Welt trat, gleich Pallas Athene im Haupte des gesetzgeberischen Vaters nur für kurze Zeit Kopfschmerzen verursacht, es hat vielmehr, bis es am 18. August 1896 wirklich zur Thatsache wurde, eine langsame und wechselvolle Entwickelungsgeschichte durchmachen müssen, die nun natürlich in ihren Einzelstadien oftmals die Erklärung bietet für gewisse Disharmonieen des jetzigen Gesamteindrucks und auch sonst für gewisse Ergebnisse, die uns nun entgegentreten.

Ebenso, wie es sich demzufolge nicht vermeiden lassen wird, bisweilen auf die Vorgeschichte des jetzigen Gesetzes zurückzugehen, ebensowenig dürfen wir uns eine kurze Übersicht über die historische Entwickelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs als eines Ganzen ersparen. Das gehört nicht blos unbedingt zum Verständnisse des Gesetzbuchs selber, sondern ist auch deshalb unentbehrlich, weil man in der künftigen Praxis sehr oft auf eine der älteren Lesungen oder auf die Motive, auf die Denkschriften, Kommissionsberatungen und Sitzungsprotokolle zurückgreifen wird

Digitized by Google

und man daher schon jetzt gut thut, sich mit diesen Begriffen selber vertraut zu machen, um späterhin Kenntnis zu besitzen, wie und wo man die Materialien zum Gesetzbuche zu suchen hat. Aber auch abgesehen von diesem rein praktischen Grunde, der zu einem kurzen Abriß über die Entstehungsgeschichte zwingt, gehört deren Kenntnis doch auch zur allgemeinen Bildung des Juristen im 20. Jahrhundert; und schließlich sind wir Alle doch auch zu sehr deutsche Patrioten, um nicht wissen zu wollen, welches die Entwickelung dieses unseres künftigen Beherrschers für unsere Berufsthätigkeit gewesen ist, der zugleich unser persönlichster Schützling werden soll.

§ 2. Die Geschichte des BGB.

Die Geschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs,[1]) in deren Betrachtung wir nunmehr eintreten, zerfällt in zwei Perioden, die eigentliche und unmittelbare Entstehungsgeschichte des vorliegenden Gesetzbuches selber, die sich in den 24 Jahren von 1872 bis 1896 abgespielt hat, und die Geschichte des Einheitsgedankens auf dem Gebiete des deutschen Privatrechts überhaupt.

Was diese Unifikationsidee betrifft, so hatte sie bekanntlich bereits vor 1872 einige Früchte gezeitigt: wir verdanken diese Früchte den Anregungen des deutschen Zollvereins und dem Programme der deutschen Nationalversammlung vom 28. März 1849, dem sich später das des 1860 gegründeten Juristentages anschloß. Der Erfolg war, daß in der Zeit zwischen 1847 und 1860 eine ge-

[1]) Vgl. zum Nachstehenden insbesondere: Schwartz, die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (im Archiv für Bürgerliches Recht, herausg. von Kohler und Ring, Bd. I, Berlin 1889, S. 1 bis 189) und Vierhaus, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (bei Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs, Heft I, Berlin und Leipzig 1888). Sodann etwa: Reatz im Juristischen Literaturbericht 1884 bis 1894, herausg. von A. von Kirchenheim als Ergänzungsband zum Centralblatt für Rechtswissenschaft, Leipzig 1895, 1896, S. 4 ff., Behrend in von Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Leipzig 1890, S. 400 ff., Gareis, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., Gießen 1897, p. XV—XXI, Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Th. I, Berlin 1897, §§ 2 ff. S. 9 ff., Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I, Berlin 1897, S. 1 bis 16.

Digitized by Google

meinsame Wechsel-Ordnung und ein gemeinsames Handelsgesetzbuch für das ganze Gebiet des deutschen Bundes entstanden, welche später gemeines Recht für den ganzen norddeutschen Bund und für das deutsche Reich wurden und bis zur Stunde geblieben sind. Ebenso datiert bereits aus der Ära des deutschen Bundes eine gleichmäßige Gesetzgebung der Bundesstaaten auf dem Gebiete des literarischen und künstlerischen Urheberrechts, die sich dann — im Wesentlichen[1]) freilich erst nach der Begründung des deutschen Reiches — zu einheitlichem Rechtszustande nicht nur für das Urheberrecht an literarischen, musikalischen und Kunstwerken sowie an Photographien, Mustern und Modellen auswuchs, sondern auch zum Patentrechte, zum Markenschutz und zum Schutze der Waarenbezeichnungen entwickelte.

Das Alles sind aber nicht die ersten Spuren jenes Unifikationsgedankens. Es läßt sich viel weiter rückwärts verfolgen. Zunächst erscheint hier als auffallendster, leuchtendster Punkt die Bewegung, welche 1814, unmittelbar nach der siegreichen Erhebung Deutschlands gegen die französische Fremdherrschaft und gefördert durch den Aufschwung der patriotischen Begeisterung, entstand und welche zu der bekannten Streitfrage der beiden berühmten Rechtslehrer Anton Friedrich Justus Thibaut in Heidelberg und Friedrich Carl von Savigny in Berlin führte, ob man der Schaffung eines einheitlichen deutschen Civilrechts näher treten solle. Entscheidend für die baldige Unterdrückung jenes schönen Gedankens war die Ansicht, welche in Savignys bekannter Schrift: „Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“[2])

[1]) Der Zeit vor 1871 gehört nur das sog. Nachdrucksgesetz vom 11. Juni 1870 an. Die sämtlichen hier einschlägigen Bundesbeschlüsse und (Bundes- bezw.) Reichsgesetze zu citieren, dürfte entbehrlich sein, da sie sich in jedem Grundrisse und Lehrbuche des deutschen bezw. preußischen Privatrechts aufgezählt finden.

[2]) Savignys Schrift erschien in erster Ausgabe Heidelberg 1814; es folgten 2. Ausg. 1828, 3. Ausg. 1840, 4. Ausg. 1878 und Neudruck nach der 3. Ausg. Freiburg i. Br. 1892. Thibauts Schrift lautet: Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland und erschien 1814, aber auch als 2. vermehrte Ausgabe in Thibauts Civilistischen Abhandlungen (Heidelberg 1814) S. 404—466 und sodann von neuem 1840.

Digitized by Google

niedergelegt ist, daß nämlich jener Zeit dieser Beruf noch fehle, weil ihr noch nicht die historische und systematische Schulung, ja nicht einmal eine gereifte deutsche Sprache zu Gebote stände, und daß vor allem jedes künstlich geschaffene, nicht aus der Wurzel nationaler Rechtsüberzeugung erwachsene Gesetz vom Übel sei.

Aber noch weiter kann und muß man zurückgehen. Es war im Jahre 1643, als der Helmstedter Rechtslehrer Hermann Conring den Wunsch nach einem neuen Gesetzbuche in deutscher Sprache laut werden ließ, durch welches das nationalfremde justinianäische Recht zwar nicht verdrängt, aber auf das ihm gebührende Maaß der wirklich, nicht blos vermeintlich rezipierten Rechtssätze beschränkt werden sollte. Conrings Idee ist übrigens auch in ihren Einzelheiten insofern interessant und fordert zu einem Vergleiche mit unserm Bürgerlichen Gesetzbuche heraus, als auch nach Conring nur ein Teil von Kaiser und Reich festgestellt, der Rest von den Partikularstaaten geregelt werden sollte, wie ja auch das Bürgerliche Gesetzbuch so mancherlei den Landesgesetzen überlassen hat.[1])

Was Conring und ähnlich in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts (1666 und 1668) Leibnitz aussprach, findet man gewöhnlich[2]) als die erste Spur solcher Unifikationsbestrebungen auf deutschem Boden bezeichnet oder doch als den zweiten diesbezüglichen Vorgang, weil die Reception des römischen Rechts sich u. A. aus dem Bedürfnisse nach einem einheitlichen Rechte erklärt. Aber dieser Gedanke wurde schon acht Jahrhunderte früher betont und als gesetzgeberisches Programm aufgestellt. Einhard, der Biograph Karls des Großen, giebt uns einen in der bisherigen Literatur über das Bürgerliche Gesetzbuch gar nicht berücksichtigten, zweifellos aber gerade in diesem Zusammenhange hochinteressanten Bericht über die Justizreform, welche Karl der Große geplant habe. Einhard sagt,[3]) dies sei geschehen, „nachdem Karl

[1]) Vgl. unten § 4 S. 29 ff.

[2]) Vgl. Endemann § 2 S. 12 f. und etwas weiter zurückgreifend Schwartz S. 38 ff.

[3]) Die Stelle der Vita Caroli Magni (abgedruckt in den Monumenta Carolina bei Jaffé, Bibliotheca rerum Germanicarum tom. IV, Berolini 1867, pag. 509 ff.) c. 29 (pag. 534) lautet: „Post susceptum imperiale nomen,

Digitized by Google

den Kaisertitel angenommen hatte" und „weil er beobachtet hatte, daß den Gesetzen seines Volkes viele Mängel anhafteten. Denn die Franken haben zwei Gesetze, die in den meisten Punkten verschieden sind" — gemeint sind das ribuarische und das salische Gesetz —; „er dachte also daran, das Fehlende hinzuzufügen, die Abweichungen zu vereinigen, das Falsche und Veraltete zu verbessern." Freilich wurde, wie Einhard weiter erzählt, aus dieser Justizreform (die sich natürlich nicht blos auf Civilrecht im Sinne der heutigen Terminologie, sondern ebensogut auf das öffentliche Recht beziehen sollte) herzlich wenig: der Kaiser „fügte zu den bisherigen Gesetzen nur einige Kapitularien hinzu". — Aber bereits ein Zeitgenosse Ludwigs des Frommen wollte den Faden wieder aufnehmen, den Karl der Große fallen gelassen hatte. Der Bischof Agobard von Lyon sprach nämlich — was bisher gleichfalls in den Darstellungen der Entwickelungsgeschichte des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs übersehen worden ist — den Wunsch aus:[1]) es möge dem Allmächtigen Gotte gefallen, alle Stämme, welche unter dem einen Herrscher vereint sind, auch unter einem Gesetze zu vereinigen und zwar unter demselben Gesetze, nach welchem der Kaiser selbst und seine Umgebung lebt (es war dies die lex Ribuaria).

Wie es zur Zeit Hermann Conrings das Bestreben einer Reaktion gegen den unheilvollen Dualismus des rezipierten römischen Rechts und des nationalen deutschen Rechtes war, welches zu jener

cum adverteret, multa legibus populi sui deesse — nam Franci duas habent leges, in plurimis locis diversas — cogitavit, quae deerant addere et discrepantia unire, prava quoque et perperam prolata corrigere. — Einhard fährt fort: sed de his nihil aliud ab eo factum est, nisi quod pauca capitula et ea imperfecta legibus addiderit. Vgl. zu dieser Stelle auch Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I (Leipzig 1887) S. 258 sowie Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. I (Leipzig 1860) S. 20 Anm. 13.

[1]) Utinam placeat omnipotenti Deo, ut sub uno piissimo rege una omnes regerentur lege, ea ipsa ad quam ipse vivit et proximi eius respondent (Agobardi adversus legem Gundobadi liber c. 14 in: Agobardi opera ed. Baluzius [tom. I, Parisiis 1666 p. 107 ff.] p. 121 sowie in den Monumenta Germaniae historica Legum tom. III ed. Pertz, Hannoverae 1863, p. 505). Vgl. hierzu auch Brunner a. a. O.

Digitized by Google

Forderung nach Schaffung eines einheitlichen Rechtszustandes führte, so bildete unter Karl dem Großen und Ludwig dem Frommen die treibende Feder das Bestreben nach einer Reaktion gegen denjenigen Zustand, der unter dem Schlagworte „Personalitätsprinzip" oder „System der angeborenen Rechte" bekannt ist und demzufolge Jedermann, gleichviel wo und unter wieviel Personen der Rechtsstreit sich abspielte, nach demjenigen Rechte beurteilt wurde, das seinem Volksstamme als solchem eigentümlich war. Man vergegenwärtige sich das Tohuwabohu der Rechtsquellen in einer Völkergemeinschaft, die aus Salfranken, ribuarischen Franken, Burgundern, Westgoten, Römern u. s. w. u. s. w. zusammengewürfelt war! Agobard selbst macht darauf aufmerksam, daß diese Rechtsverwirrung nicht blos in den einzelnen Provinzen und Gauen, sondern auch in den einzelnen Häusern bemerkbar geworden sei; denn „gar häufig", sagt er, „ereignet es sich, daß fünf Menschen zusammen gehen oder sitzen und keiner von ihnen hat mit dem andern gleiches Gesetz".[1])

Eine derartige Rechtszersplitterung war es aber auch, die in unserm Jahrhundert das Bedürfnis nach einem einheitlichen deutschen Civilgesetzbuche wachrief. Freilich beruhte sie nicht, wie im fränkischen Reiche, auf der Basis des Personalitätsprinzips, sondern darauf, daß die deutschen Kaiser von ihrer Kompetenz zur civilrechtlichen Reichsgesetzgebung so gut wie gar keinen Gebrauch machten, wogegen die Gesetzgebung der Partikularstaaten und die Sonderrechtsbildung für einzelne Stände aufs üppigste vegetierten.

Ja, die Rechtszersplitterung zu Anfang unseres Jahrhunderts war in mancher Hinsicht viel ärger als zu Zeiten Karls des Großen und Ludwigs des Frommen. Darüber kann schon der preußische Jurist ein wehmütiges Lied singen. Hat er doch noch

[1]) Agob. c. 4 (Baluzius l. c. p. 111, Mon. Germ. l. c. p. 504): Tanta diversitas legum quanta non solum in singulis regionibus aut civitatibus, sed etiam in multis domibus haberetur. Nam plerumque contingit, ut simul eant aut sedeant quinque homines, et nullus eorum communem legem cum altero habeat. Vgl. Brunner S. 259 Anm. 1, während von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts (Bd. I §§ 13 f., 2. Aufl., Hannover 1889, S. 25 ff.) diese charakteristische Stelle nicht mitteilt.

Digitized by Google

jetzt in seinem Königreiche allein es mit drei großen Rechtssystemen zu thun, dem landrechtlichen, dem gemeinrechtlichen — z. B. in den Provinzen Schleswig-Holstein, Hannover und Hessen-Nassau — und dem französischen auf dem linken Ufer des Rheins! Ist er doch aber außerdem noch mit einigen Provinzialrechten gesegnet, von denen namentlich[1]) das ostpreußische (1801) und das westpreußische (1844) sowie das westphälische eheliche Güterrecht (1860) größere Distrikte umfassen! — Aber die andern deutschen Staaten konnten über die Rechtszersplitterung einen noch viel traurigeren Klagegesang anstimmen, z. B. Bayern und Hessen, wo zahllose, schier unübersehbare Rechtsquellen namentlich auf dem Gebiete des Familienrechtes und Erbrechts in Geltung stehen, teils in Form umfassender, breiter Rechtsströme, teils als winzige Bächlein mit schmalem, kurzem, aber sehr windungsreichem und oft recht verstecktem Laufe. Es lassen sich über fünfzig einzelne Rechtssysteme aufzählen, die zur Zeit in Deutschland gelten![2]) [3])

Solche Zustände durften nun in dem geeinigten Deutschen Reiche nicht länger geduldet werden, daran konnte kein Zweifel bestehen; und so schritt man denn in der That zu der Aufgabe, ein einheitliches Deutsches Civilrecht zu schaffen. Sieht man von den gutgemeinten, aber durch die Antagonie Preußens und Österreichs im zartesten Kindesalter erstickten Versuchen ab, welche zu dem „Dresdner Entwurfe" eines Obligationenrechts vom Jahre 1866[4])

[1]) Ferner insbes. Märkisches Recht (Constitutio Joachimica), Lübisches Recht, Magdeburger Polizeiordnung, Ostfriesisches Landrecht, Bayerisches und Ansbachisches Provinzialrecht. Vgl. Cosak, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I (Jena 1897) S. 23 sub I 1.

[2]) Vgl. den Überblick in der Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, dem Reichstage vorgelegt in der vierten Session der neunten Legislaturperiode, 2. Aufl., Berlin 1896, S. 450 bis 454, aber auch Cosak a. a. O. S. 22 bis 24 (Anmerkung), Endemann a. a. O. S. 3 Anm. 4, Gareis a. a. O. p. XII bis XV, Planck a. a. O. S. 2 f.

[3]) Statt aller wörtlichen Schilderung der Rechtszersplitterung legte ich meinen Zuhörern die Rechtskarte zu der Schrift von Arthur Benno Schmidt, Die geschichtlichen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts im Großherzogtum Hessen (Gießen 1893) vor, auf welcher man alle Farben des Regenbogens und noch ein Dutzend Farben mehr vertreten findet.

[4]) „Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes über

Digitized by Google

führten, so beginnt nunmehr die Spezialgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welche das neue Stadium, in das sie trat, nicht znm Wenigsten den politischen Ereignissen von 1866 und 1870/71 verdankt.

Die Zuständigkeit zu gemeinsamer Gesetzgebung über das bürgerliche Recht, welche dem Deutschen Bunde gänzlich gefehlt hatte, weil dieser als bloßer Staatenbund über kein gesetzgeberisches Centralorgan verfügte, hatte sich auch für den Norddeutschen Bund [1]) und für das junge deutsche Reich, die in ihrem Reichstage und Bundesrate ein derartiges Centralorgan sehr wohl besaßen, nur auf das Handels- [2]) und Wechselrecht und auf das Obligationenrecht, [3]) nicht aber auf den Allgemeinen Teil, auf Sachenrecht, Familien- und Erbrecht erstreckt. Nunmehr wurde diese Zuständigkeit durch das vom Reichstagsabgeordneten Lasker beantragte hochwichtige Gesetz vom 20. Dezember 1873 [4]) auf das „gesammte" bürgerliche Recht ausgedehnt und der Arbeit standen wenigstens staatsrechtliche Bedenken nicht mehr entgegen. Wohl aber Bedenken und Meinungsverschiedenheiten ernstester Natur über die Art und Weise, wie man den anerkannten Mangel zu beseitigen habe.

Und auch hier bietet die Geschichte, die nun einmal gern in Parallelerscheinungen arbeitet, einen interessanten Vergleich zwischen dem neunzehnten Jahrhundert und dem neunten, zwischen den Tagen

---

die Schuldverhältnisse" (Dresden 1866). Er ist für die unmittelbare Geschichte des BGB. insofern von Bedeutung, als er zufolge Erkrankung des von der I. Kommission mit der Redaktion des Obligationenrechts betrauten kgl. würtembergischen Obertribunals-Vizepräsidenten Dr. von Kübel, der seine Arbeit nicht mehr beendigen konnte und Anfang 1884 starb, den Beratungen der Gesammtkommission in den von Dr. von Kübel nicht erledigten Partieen zu Grunde gelegt wurde.

[1]) Zur Entstehung des Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes und zu den Reden von Lasker, Miquel, von Wächter und von Gerber sowie zur weiteren Entwickelung dieser Angelegenheit vgl. insbesondere Schwartz S. 142 ff., Vierhaus § 15 S. 33 ff., Plank S. 4 f.

[2]) Einschließlich des Seeprivatrechts.

[3]) Einschließlich „Schutz des geistigen Eigentums" und „Erfindungspatente". (Art. 4 Nr. 6 und Nr. 5 der Verfassungsurkunden des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches.

[4]) Reichsgesetzblatt S. 379.

Digitized by Google

Wilhelms I. und Ludwigs des Frommen. Wie der schon vorher erwähnte Bischof Agobard von Lyon die Idee aussprach, die ersehnte Rechtseinheit solle durch Ausdehnung des ribuarischen Rechts auf alle Unterthanen hergestellt werden, so wurde jetzt unter andern Vorschlägen auch der laut, man solle einfach das Preußische Allgemeine Landrecht als das für die größte Seelenzahl geltende System dem ganzen Deutschen Volke diesseits und jenseits der Mainlinie oktroyieren. — Indessen zog man es mit guten Gründen vor, ein neues Gesetzbuch zu schaffen, das wenn möglich allen Teilen es recht mache, indem es Alles prüfen und das Beste behalten sollte. Die Kommission,[1]) welche zu diesem Behufe aus zwei Gelehrten — dem Romanisten Bernhard Windscheid-Leipzig und dem Germanisten Paul von Roth-München — sowie sieben höheren juristischen Praktikern und zwei Ministerialbevollmächtigten zusammenberufen wurde, schloß Vertreter aller wichtigeren Rechtsgebiete, des preußischen, gemeinen, französischen und sächsischen Rechts, in sich. Sie begann ihre Arbeit im September 1874 und sichtete, ordnete und formulierte das gewaltige Arbeitsmaterial und zwar — was sehr verhängnisvoll werden sollte[2]) — zunächst in Form von Einzelentwürfen der für die fünf Teile des Gesetzbuchs bestellten Redaktoren, dann vom Oktober 1881 ab bis Ende 1887 in Beratungen der Gesammtkommission.

Man trat nunmehr Anfang 1888 mit dem I. Entwurfe, dem fünf Bände gedruckter Motive[3]) beigegeben wurden, an die Öffentlichkeit und unterbreitete ihn der Kritik, die denn auch sehr gründlich und sehr erbarmungslos über ihn herfiel.[4]) Die Vorwürfe,

[1]) Ueber ihre Zusammensetzung, ihr Programm und ihre Thätigkeit vgl. außer in den oben S. 10 Anm. 1 citierten Werken Genaueres im Vorwort der amtlichen Ausgabe des Entwurfes I. Lesung (Berlin und Leipzig 1888) p. III bis VI.

[2]) Vgl. unten § 11.

[3]) „Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich". Amtliche Ausgabe. 5 Bände. Berlin und Leipzig 1888.

[4]) Ueber diese Kritiken vgl. die auf S. 19 erwähnten „Gutachtlichen Aeußerungen" und zwar wegen des allgemeinen Charakters der I. Lesung Bd. I S. 1 bis 31 und insbes. S. 1 bis 17, sowie Bd. VI S. 1 bis 15, insbes. S. 1 bis 8, sowie auch Reatz a. a. O. S. 6 bis 11. Vgl. auch ferner die oben S. 10 Anm. 1 erwähnten

Digitized by Google

welche man der I. Lesung machte, waren in der That zum größten Teile durchaus berechtigt und wohl begründet. Die übertriebene Bevorzugung des römischen Rechts auf Kosten der deutschen Rechtsgedanken gipfelte in der Bezeichnung des Entwurfes als „kleiner Windscheid",[1]) und in der That hatte der Leipziger Professor als eines der einflußreichsten Mitglieder der Gesammtkommission, aus der er sich aber zu Beginn des Wintersemesters 1883 wieder zurückzog, dem Gesetzbuche, das einen sehr lehrbuchartigen Eindruck machte, den Geist aufgeprägt, den gerade er begriff. Andere Vorwürfe, die von Männern wie Gierke[2]) und dem „Anerkennungs"-Bähr[3]) betont wurden, waren der des Doktrinarismus, des antisozialen, unmodernen und undeutschen Charakters, der undeutschen, unpopulären und geschmacklosen Formulierung. Es entbrannte für und wider den Entwurf eine sehr heiße literarische Fehde, die auch in den Tageszeitungen ein Echo fand und lebhaft an den Kampf der Alten und der Neuen im Gebiete der Literatur und der Kunst erinnert; denn auch hinsichtlich des Entwurfes könnte man zur Kennzeichnung der Gegensätze von Romantikern und Sezessionisten, von Idealisten und Realisten sprechen.

Auf die Berechtigung der Vorwürfe im Einzelnen einzugehen, muß ich mir versagen, wir kommen auf sie aber nochmals zurück (§ 8 ff.), wenn wir den Charakter und die Erscheinungsform der endgültigen Fassung prüfen und uns dabei die Frage vorlegen werden, ob jene Mängel jetzt abgestellt worden sind.

„Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs".

[1]) Bähr in der unten Anm. 3 erwähnten Abhandlung S. 327; vgl. auch Bekker, System und Sprache (Heft 2 der „Beiträge") S. 61, 75.

[2]) Gierke, der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft Jahrgang XII [Leizig 1888] Heft 3 [S. 57.bis 118 ff.] und Heft 4 [S. 109 bis 195], sowie Jahrgang XIII [1889] Heft 1 [S. 183 bis 322] und Heft 2 [S. 1 bis 224]. Dasselbe auch als veränderte und vermehrte Ausgabe im Sonderabdruck Leipzig 1889).

[3]) Bähr, Zur Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausg. von Seydel, Bd. 30, München und Leipzig 1888, Heft 3 und 4 S. 321 ff. und 481 ff.).

Digitized by Google

Gegenüber den schonungslosen Angriffen der Kritik mußte man nun auf eine sofortige Einführung des vorliegenden Entwurfes oder auf baldige Einführung einer nur unwesentlichen Abänderung verzichten und sich einer völligen Umarbeitung unterziehen. Hierfür wurde jedoch, den Vorschlägen der Kritik entsprechend, die Mitwirkung auch anderer Kreise als der in der ersten Kommission vertretenen zu Rate gezogen, und die neue „Zweite" Kommission, welche mit eilf ständigen und dreizehn nichtständigen Mitgliedern Ende 1890 zusammentrat, bestand daher nicht blos, wie die erste, aus juristischen Praktikern (6 ständige und 3 nichtständige) und juristischen Theoretikern (3 ständige und 2 nichtständige) und aus Regierungsbeamten (4 ständige), sondern auch aus drei Landwirten und je einem Professor der Nationalökonomie, Bergrat, Oberforstrat, Brauereidirektor und Bankdirektor. Dabei waren zugleich die wichtigsten politischen Parteien berücksichtigt worden.[1])

Ein höchst wertvolles Hilfsmittel wurde dieser zweiten Kommission mit auf den Weg gegeben, das ebenso wie die fünf Bände Motive zur I. Lesung eine staunenerregende Gründlichkeit und Gewissenhaftigkeit an den Tag legt und für die theoretische Erkenntnis des jetzigen Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibenden Wert behalten wird: die „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt", welche in fünf Bänden und einem sechsten Nachtragsbande 1890 und 1891 (zu Berlin) erschien und eine mustergiltige Übersicht über sämmtliche bis dahin zu Tage getretenen Kritiken und Vorschläge bietet.[2])

---

[1]) Vgl. über die Zusammensetzung und Thätigkeit der Zweiten Kommission und über die weiteren Schicksale des Entwurfes insbesondere auch Leonhard, die Vollendung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (Marburg 1897) S. 1 ff., Cosack S. 6, Planck S. 11 f., Endemann S. 22 f. und Gareis, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., Giessen 1897, pag. XVII sq.

[2]) Ferner wurde publiziert eine „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt", 2 Bände, Berlin 1891, sowie eine Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes zum Bürger-

Digitized by Google

Die Zweite Kommission hat nun nicht nur aus den Kritiken zum I. Entwurfe, sondern auch aus den Schicksalen und Fehlern der I. Kommission selber gelernt. Denn einmal übertrug sie nicht, wie die I. Kommission, die einzelnen fünf Bücher des Gesetzes verschiedenen Redaktoren, so daß naturgemäß das gesamte Werk in fünf nach mancher Richtung grundverschiedene Einzelelaborate zerfallen mußte, die mittels der Gesamtberatungen nur lose zusammengekittet und nur oberflächlich mit gleichem Firnis überzogen waren, sondern sie verlegte von Anfang an den Schwerpunkt in gemeinsame Sitzungen und Erörterungen. — Sodann aber arbeitete sie nicht gleich der I. Kommission im mystischen Dunkel und hermetischer Abgeschlossenheit zur Außenwelt, sondern sorgte durch offizielle Kundgebungen und Publikationen dafür, daß der Fortschritt des Werkes und die bruchstückweise abgeschlossenen Resultate rechtzeitig einer neuen Kritik der Juristen und des weiteren Publikums unterzogen werden konnten.

Die Beratungen der II. Kommission dauerten fast fünf Jahre, vom Frühjahr 1891 bis Ausgang 1895. Ihr Resultat war die sog. II. Lesung des Entwurfes,[1]) deren erste vier Bücher bereits 1894, die beiden letzten 1895 publiziert wurden. Es hatte nämlich diese II. Lesung ein Buch mehr als die erste, ein sechstes Buch, welches über die „Anwendung ausländischer Gesetze" sprach, also über diejenigen Konfliktsfälle, welche eintreten, wenn es fraglich ist, ob ein Rechtsfall unter deutsches oder fremdes Recht gehört, wie z. B. bei dem Kaufvertrage, welchen ein Franzose und ein Russe in Österreich über ein in Deutschland belegenes Grundstück schließen. Das sechste Buch der II. Lesung entspricht also dem, was man als „Statutenkollision" oder „Internationales Privatrecht" zu bezeichnen pflegt. — Ebenso hat die II. Kommission sofort einen Entwurf

lichen Gesetzbuch, gefertigt im Reichsjustizamt, Berlin 1891. Vgl. überhaupt Maas, Bibliographie der amtlichen Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich und zu seinem Einführungsgesetze, Berlin 1897.

[1]) „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Auf amtliche Veranlassung." Berlin 1894, 1895.

Digitized by Google

für das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche gefertigt, der in der I. Lesung zunächst, bis März 1889, gefehlt hatte.

Diese II. Lesung, wie sie die II. Kommission ausgearbeitet hatte, wurde alsdann dem Bundesrate unterbreitet, der indessen nur sehr wenig Abänderungen vornahm. Nunmehr wurde der Entwurf[1]) Anfang 1896 dem Plenum des Reichstages vorgelegt, um dort zu der vorschriftsmäßigen dreimaligen Beratung zu gelangen. Die erste Beratung der Reichstagsvorlage fand vom 3.—6. Februar statt[2]) und endete mit der Verweisung der Vorlage an eine Kommission von 21[3]) Reichstagsmitgliedern; diese Kommission glaubte mit Recht, sich in die rein juristischen Einzelheiten nicht vertiefen zu dürfen, und beendete ihre Arbeit Mitte Juni. Zwischen dem 19. und 27. Juni erfolgte dann die II. Lesung im Reichstage, der sich am letzten Juni und ersten Juli 1896 die III. und letzte Lesung anschloß. Sie endete mit einer glänzenden Majorität zu Gunsten der Annahme des Gesetzbuches und seines Einführungsgesetzes. Von der denkbaren Maximalzahl der stimmberechtigten Abgeordneten, nämlich 397, fehlten nur 109; von den anwesenden 288 Reichstagsmitgliedern enthielten sich 18 der Stimme, 48 stimmten mit Nein und 222 stimmten mit Ja, also drei Vierteile der anwesenden Stimmen überhaupt und weit über die Hälfte der absoluten Majorität aller denkbaren Stimmen.

Dieser schöne Vorgang spielte sich, wie gesagt, am 1. Juli 1896 ab und man möchte daher den 1. Juli, der ja den landrechtlichen Juristen sehr geläufig ist als kritischer Tag für die Auseinandersetzung des redlichen Besitzers mit dem Eigentümer über die Nutzungen des Grundstücks,[4]) den Geburtstag des Bürgerlichen

[1]) „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dem Reichstage vorgelegt in der vierten Session der neunten Legislaturperiode." Berlin 1896. — Ebenso: „Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Nebst den Materialien zum dritten Abschnitt des Entwurfs."

[2]) Vgl. dazu den Ausblick bei Gierke, Das BGB. und der deutsche Reichstag, Berlin 1896, und den Rückblick bei Oertmann im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. XI, Berlin 1896, S. 4—15.

[3]) Nicht 28, wie es bei Cosack S. 26 unten heißt.

[4]) ALR. I, 7 § 199.

Digitized by Google

Gesetzbuches und seines Einführungsgesetzes nennen, wenn nicht offiziell und verfassungsmäßig als Geburtstag eines deutschen Reichsgesetzes der Tag seiner Vollziehung und Publikation durch den Kaiser zu betrachten wäre d. h. in diesem Falle der 18. August 1896.

Jetzt war er also in Erfüllung gegangen: der tausendjährige Traum, welcher seit den Tagen Einhards und Agobards in der Hoffnung auf ein einheitliches deutsches Recht gipfelte. Wir dürfen froh sein, daß wir dies epochemachende Ereignis miterlebt haben, und möchten im Hinblick darauf Ulrich von Huttens stolzen Ausruf erneuern: „Es ist eine Lust, in Dir zu leben, Jahrhundert!“ Ja, fast möchte uns ein Gefühl des Neides gegen diejenigen Männer beschleichen, welchen das Schicksal die ehrenvolle und ruhmreiche Aufgabe einer persönlichen Mitwirkung bei dieser nationalen Großthat vergönnt hat, und welche helfen durften bei diesem bewunderungswürdigen Zeugnisse deutscher Gründlichkeit, deutscher Gelehrsamkeit und deutscher Geduld!

§ 3. Die äußere Gestalt des BGB. und seines Einführungsgesetzes.

Es wird nun zunächst unsere Aufgabe sein, uns mit der äußeren Gestalt und Erscheinung dieses neuen Kindes der Gesetzgebungskunst vertraut zu machen.

Die Einteilung ist, wie ich schon (S. 2 und 4) angedeutet habe, die in fünf Bücher („Allgemeiner Teil“, „Recht der Schuldverhältnisse“, „Sachenrecht“, „Familienrecht“ und „Erbrecht“); sie schließt sich der hergebrachten Einteilung der privatrechtlichen Lehrbücher an, weicht von ihr jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen darin ab, daß das Recht der Schuldverhältnisse dem Sachenrechte vorangestellt ist. — Ein sechstes Buch, in welchem, wie ich bereits bemerkt habe, der II. Entwurf das „Internationale Privatrecht“ bot, fehlt dem jetzigen Gesetzbuche; die betreffenden Fragen werden im Einführungsgesetze erledigt, auf das ich später zu sprechen komme.

Die einzelnen fünf Bücher zerfallen nun in Abschnitte, deren Zahl bei Buch I und II je 7, bei Buch III und V je 9, bei Buch IV nur 3 beträgt. Diese Abschnitte ihrerseits gliedern sich,

Digitized by Google

soweit sie überhaupt in Unterteile zerlegt sind, nach Titeln. Das Verhältnis der Begriffe „Abschnitt" und „Titel" ist also gerade umgekehrt, wie im Allgemeinen Landrecht, dessen zwei „Teile" bekanntlich zuerst in Titel und dann in Abschnitte zerfallen. — Die Zahl der Titel im Bürgerlichen Gesetzbuche variiert im Allgemeinen zwischen 2 und 8; nur der siebente und letzte Abschnitt des Buches II (also des über die Schuldverhältnisse handelnden Buches) enthält nicht weniger als 25 Titel, welche die „Einzelnen Schuldverhältnisse" wie Kauf, Schenkung, Miete, Darlehen, Leihe u. s. w. behandeln.

Mit dieser Unterteilung in Titel ist aber die Disposition des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht erschöpft, vielmehr finden wir bisweilen noch eine weitere Teilung mittels römischer Zahlen (I bis VII) und innerhalb dieser Unterteilung sogar hin und wieder eine solche mittels arabischer Zahlen (1 bis 5). So zerfällt der zweite Titel im ersten Abschnitte des ersten Buches, der über die Juristischen Personen handelt, in 3 Gruppen mit römischen Ziffern (I. „Vereine"; II. „Stiftungen"; III. „Juristische Personen des öffentlichen Rechts") und hiervon ist wiederum die Ziffer I „Vereine" in zwei Unterziffern 1. und 2. geteilt, welche die „allgemeinen Vorschriften" und die Vorschriften über „eingetragene Vereine" im Besonderen von einander abtrennen. — Ein anderes Beispiel ist Buch II (Schuldverhältnisse) Abschnitt VII (Einzelne Schuldverhältnisse) Titel 1, der die Überschrift „Kauf. Tausch" hat; hier werden unter Ziffer I bis IV getrennt: „Allgemeine Vorschriften", „Gewährleistung wegen Mängel der Sache", „Besondere Arten des Kaufes" und „Tausch". Davon zerfällt nun Ziffer III „Besondere Arten des Kaufes" noch in die Untergruppen: „1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe"; „2. Wiederkauf". „3. Vorkauf". — Ein sehr gutes Beispiel ist ferner Buch IV (Familienrecht) Abschnitt I (Bürgerliche Ehe) Titel 6 (Eheliches Güterrecht) mit den Unterrubriken: „I. Gesetzliches Güterrecht"; „II. Vertragsmäßiges Güterrecht" und „III. Güterrechtsregister"; denn hier sind Nr. I und Nr. II in 5 bezw. 4 Unterteile mit arabischen Ziffern geglie-

Digitized by Google

dert; die 4 Unterteile der Nr. II („Vertragsmäßiges Güterrecht") lauten: 1. Allgemeine Vorschriften; 2. Allgemeine Gütergemeinschaft; 3. Errungenschaftsgemeinschaft; 4. Fahrnisgemeinschaft. — Solche Disposition mit arabischen Zahlen, welche wir als Disposition bis in den fünften Grad bezeichnen können, erreicht — es ist dies sehr leicht zu merken — die Maximalziffer 5 (in Buch IV Abschnitt I Titel 6 I „Gesetzliches Güterrecht") und begegnet — was wiederum sich leicht dem Gedächtnisse einprägt — im Ganzen fünf Male, nämlich außer an den bereits genannten vier Stellen noch in Buch IV Abschnitt II („Verwandtschaft") Titel 4 („Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder") Nr. II („Elterliche Gewalt"), wo die elterliche Gewalt in eine solche des Vaters und eine solche der Mutter zergliedert wird. Viel häufiger ist natürlich die Disposition bis in den vierten Grad, also mittels römischer, aber ohne arabische Zahlen; sie begegnet im Ganzen eilf Male und Sie werden diese eilf Stellen, von denen Ihnen ja vier bereits bekannt sind, leicht selber auf dem Inhaltsverzeichnisse Ihres Gesetzestextes herausfinden.

Fortlaufend durch das ganze Gesetzbuch gehen Paragraphen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat deren im Ganzen 2385. Wir müssen bei dieser Zahl einen Augenblick stehen bleiben und uns mit ihr genauer beschäftigen, weil sie in zweifacher Richtung unser Interesse in Anspruch nimmt.

Zunächst im Vergleiche zu den beiden ersten Lesungen. Die erste hatte 2164 Paragraphen, also etwa 200 weniger als das jetzige Gesetzbuch selbst, die zweite 2390, also 5 mehr, die Reichstagsvorlage dagegen nur 2359, also 26 Paragraphen weniger als die jetzige Fassung. Während sich die erhebliche Differenz von 200 Paragraphen zur I. Lesung aus den radikalen Veränderungen erklärt, welche die II. Kommission vornahm, erklärt sich das Zusammenschrumpfen der II. Lesung zu einer um 31 Paragraphen kleineren Reichstagsvorlage aus einem schon vorher von mir angedeuteten Umstande, daß nämlich das sechste Buch, welches sich in 30 Paragraphen über das Internationale Privatrecht aussprach,

Digitized by Google

vom Bundesrat gestrichen oder vielmehr ins Einführungsgesetz verlegt worden ist, in welchem es jetzt den Raum von 25 Artikeln (Artikel 7 bis 31) einnimmt.

Sodann interessiert die Zahl der Paragraphen unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs, weil sie Ihnen, meine Herren, als landrechtlichen Juristen, auffallend gering erscheinen wird. Ein Bürgerliches Gesetzbuch mit nur 2385 Paragraphen, während das Allgemeine Landrecht rund 19,000 Paragraphen, also gerade acht Mal soviele hatte, und während z. B. dessen Titel I, 11, der doch nur vom Eigentumserwerb unter Lebenden redet (dabei aber freilich die wichtigen Materien Kauf, Tausch, Cession, Darlehen, Verträge über Handlungen und Schenkung erörtert) mit seinen 1177 Paragraphen fast genau die Hälfte der Paragraphen des ganzen jetzigen Bürgerlichen Gesetzbuches repräsentiert! Wie erklärt sich dies merkwürdige Mißverhältnis und etwa das Mißverhältuis zu ALR. II, 1 oder II, 18, die mit ihren 1119 bezw. 1007 Paragraphen, in denen sie die Ehe und die Vormundschaften und Kuratelen behandeln, auch fast je die Hälfte vom Umfange des neuen Gesetzbuches in Anspruch nehmen?

Nun, meine Herren, zur Erklärung dieses Umstandes müssen eine ganze Reihe von Gründen herangezogen werden, welche zugleich für die beiden Gesetze selber, das vom Jahre 1794 und das vom Jahre 1896, für ihre Erscheinungsform und für ihren Inhalt charakteristisch sind.

Im ALR. finden sich innerhalb eines und desselben Paragraphen nur selten Semikolons, meines Wissens aber niemals Punkte, durch welche der Inhalt eines Paragraphen in zwei verschiedene Sätze geteilt wird. Im BGB. dagegen ist nicht nur dies sehr oft der Fall, sondern die Mehrzahl der Paragraphen zerfällt sogar in verschiedene Absätze, nicht selten drei oder vier, so daß wir also die Zahl der Paragraphen des BGB. etwa verdreifachen müßten, wenn wir sie in der Druckweise des ALR. wiedergeben wollten.[1])

[1]) Auch bringt das ALR. Aufzählungen gerne in verschiedenen Paragraphen (vgl. ALR. I, 13 §§ 99 bis 109, II, 2 §§ 399—409), das BGB.

Digitized by Google

— Sodann huldigten die Redaktoren des Landrechts bekanntlich dem Prinzipe, es müsse dem Richter Alles mundgerecht gemacht und in breitester Kasuistik jeder denkbare Fall schon vom Gesetzgeber berücksichtigt werden. Das BGB. dagegen ist, wie ich später (§ 11) genauer ausführen werde, bestrebt, sich nicht blos auf eine Feststellung der leitenden Rechtsgrundsätze ohne deren einzelne Folgerungen, sondern auch auf die knappste Form zu beschränken. — Ferner enthielt ja das ALR. neben denjenigen Materien, welche wir jetzt unter dem Ausdrucke „Bürgerliches Recht" begreifen, auch wichtige und umfangreiche Materien des öffentlichen Rechts, so das Staatsrecht, das Kirchenrecht, das Strafrecht.[1]) — Aber selbst bezüglich des eigentlichen Bürgerlichen Rechts im Besondern beschreibt das ALR. einen viel größeren Kreis als das BGB. Denn dieses ignoriert zunächst das gesamte Handels-, Wechsel- und Seerecht, die ja schon einheitliche Regelung für das ganze Reich erfahren hatten, vor Allem aber hat es sehr viele Materien, welche die Redaktoren des ALR. in ihr Gesetzbuch aufnahmen, der Regelung durch die Partikularstaaten überlassen, z. B. das Gesinderecht, Bergrecht, Wasserrecht, Recht der Jagd und Fischerei und andere Materien, die ich Ihnen später nennen werde. Schließlich hat das BGB. einen Teil der Fragen des Immobiliarsachenrechts einem besondern Gesetze, der inzwischen auch schon veröffentlichten Grundbuchordnung für das Deutsche Reich (vom 24. März 1897) mit ihren 102 Paragraphen und dem mit der Grundbuchordnung zusammenhängenden Gesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (von gleichem Datum) und dessen 184 Paragraphen überlassen.

gerne in demselben Paragraphen (vgl. BGB. §§ 98, 101, 104, 196, 232 und namentlich im Familien- und Erbrecht z. B. §§ 1376, 1385, 1406 f., 1415, 1418, 1463, 1468, 1495, 1499, 1535 f., 1687, 1776, 1781, 1786, 1795, 1807, 1813, 1821 f., 1866, 2231, 2234, 2237, 2241, 2333, 2339, 2354. Andererseits vgl. aber §§ 1303 ff., 1323 ff., 1330 ff., 1564 ff., 1676 ff).

[1]) Es enthält ALR. Th. II Tit. 11 („Von den Rechten und Pflichten der Kirchen und geistlichen Gesellschaften") 1232, Th. II Tit. 20 („Von den Verbrechen und deren Strafen") 1577 Paragraphen und die ungefähr das Staatsverfassungs- und Verwaltungsrecht repräsentierenden Titel II, 12 bis 17 und II, 19 enthalten zusammen 1231 Paragraphen.

Digitized by Google

Wir wenden uns nunmehr zum Einführungsgesetze („EBGB."), das natürlich gleichfalls vom 18. August 1896 stammt.[1]) Seine Struktur ist weitaus einfacher als die des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es zerfällt nämlich nur in Abschnitte und zwar vier, welche zusammen 218 Einzelbestimmungen enthalten, die sich aber nicht als Paragraphen, sondern als „Artikel" bezeichnen.

Abschnitt I hat die Überschrift „Allgemeine Bestimmungen" und hier nehmen den breitesten Raum ein Art. 7 bis 31, welche, wie ich schon bemerkte, dem sechsten Buche der II. Lesung entsprechen und das „Internationale Privatrecht" regeln. Abschnitt II erörtert in 23 Artikeln (32 bis 54) das „Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen", Abschnitt III mit nicht weniger als 98 Artikeln (55 bis 152) das „Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen." Auf beide Angelegenheiten komme ich alsbald eingehender zu sprechen (unten § 4). Abschnitt IV endlich enthält die sogenannten „Übergangsbestimmungen" und sagt in 66 Artikeln (153 bis 218), welche Grundsätze maßgebend sind für solche Rechtsverhältnisse, die bereits beim Inkrafttreten des BGB., also vor dem 1. Januar 1900, entstanden sind, aber erst nach dem 1. Januar 1900 bei Gericht zur Sprache kommen; dort erfahren wir also, ob und inwieweit in solchen Fällen das ältere Recht fortwirkende oder das jüngere Recht rückwirkende Kraft äußern soll. Dieser Abschnitt IV regelt somit das, wofür die Bezeichnung „Zeitliche Kollision der Rechtsnormen" üblich ist als Ausdruck für die Konflikte eines jüngeren, neueren Gesetzes mit einem älteren und zur Kennzeichnung des Gegensatzes zur „örtlichen oder räumlichen Kollision", welche zwischen Gesetzen verschiedener Länder denkbar ist und den Stoff des bereits mehrfach erwähnten „Internationalen Privatrechts" bildet.

Beide Kollisionsfälle pflegen nun in den privatrechtlichen

[1]) Das Einführungsgesetz will, obschon es dies nicht ausdrücklich betont, gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche selber (Einführungsgesetz Art. 1), also am 1. Januar 1900 in Kraft treten.

Digitized by Google

Lehrbüchern schon im Allgemeinen Teile behandelt zu werden, und so thun es von den zur Zeit vorhandenen Darstellungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des neuen Bürgerlichen Rechts auch Bunsen,[1]) Cosack,[2]) Endemann,[2]) Heilfron,[3]) Kuhlenbeck[4]) und Riedel.[5]) Meines Erachtens empfiehlt sich diese Methode für unsern Fall nicht.[6]) Ich werde diese Angelegenheiten vielmehr erst in der letzten Vortragsstunde besprechen, weil wir erst dann die notwendige inhaltliche Kenntnis von denjenigen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben werden, um deren Konflikt mit älterem bezw. mit fremdem Recht es sich handelt. Auch ist es für uns zunächst doch wichtiger, zu erfahren, wie unser künftiges deutsches Recht gestaltet ist, als uns schon hier über die von der konkreten Lage des Einzelfalls in hohem Maße abhängige Frage zu informieren, unter welchen Bedingungen ausnahmsweise ein uns höchst uninteressantes fremdes Recht oder für die Übergangsjahre ein uns längst geläufiges älteres Recht zur Anwendung gelangen wird. — Das soll mich aber nicht hindern, da, wo mir dies besonders wichtig erscheint, schon bei der Darstellung des betreffenden Rechtsverhältnisses die angedeutete Frage nach der rückwirkenden Kraft der älteren Gesetze oder nach der Statutenkollision zu prüfen.

§ 4. Das Verhältnis des

Dagegen wollen und müssen wir bereits an dieser Stelle den dritten im Einführungsgesetze erörterten Kollisionsfall besprechen, den Konflikt, in welchen das Bürgerliche Gesetzbuch nicht etwa mit

[1]) Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch (3 Bände, Rostock 1897, 1898) Bd. I S. 5 ff., übrigens unter einer nicht ganz korrekten, weil in der Klammer nur einen der beiden Kollisionsfälle bezeichnenden Ueberschrift „Die Kraft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach Raum und Zeit (das internationale Privatrecht)".

[2]) Vgl. die Titel des Cosackschen und Endemannschen Werkes oben S. 10 Anm. 1.

[3]) Heilfron, Lehrbuch des Bürlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Abteilung. Allgemeiner Teil. Berlin 1897.

[4]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erster Teil, erste Hälfte. Berlin 1897.

[5]) Riedel, Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleichung mit dem Preußischen Recht. Bisher (Ende 1897) 5 Lieferungen. Berlin 1897.

[6]) Die oben S. 4 Anm. 1 angedeuteten Gründe für Anhängung eines Allgemeinen Teils an den besondern treffen insbesondere bezüglich der zeitlichen und örtlichen Herrschaft der Rechtsnormen zu, sind aber doppelt gewichtig für einen mündlichen Vortrag.

Digitized by Google

fremden, sondern mit andern einheimischen Rechtsnormen gerät, mit diesen aber nicht, weil sich ein einzelnes Rechtsverhältnis um den kritischen Tag des 1. Januar 1900 herumlegt und daher sowohl dem jetzigen wie dem künftigen Jahrhundert anzugehören scheint, sondern weil das Bürgerliche Gesetzbuch in ganze Rechtsmaterien und Normengruppen eingreift, welche bisher den Inhalt anderer Gesetze gebildet hatten und denen das Bürgerliche Gesetzbuch also nunmehr das Lebenslicht ausbläst. Solche großen Konflikte mit ganzen Normengruppen im Gegensatze zu den kleinen zeitlichen oder örtlichen Konfliktsfällen, welche sich nur auf einzelne Rechtsverhältnisse beziehen, können nun für das BGB. eintreten, sowohl gegenüber Reichsgesetzen, wie gegenüber Landesgesetzen. Und hiermit beschäftigen sich die bereits erwähnten Abschnitte II und III des Einführungsgesetzes. Das deuten schon deren Überschriften an: „Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen" bezw. „Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen". Das Gleiche lehrt auch ein Blick auf den Inhalt dieser Abschnitte. So nimmt Abschnitt II beispielsweise in Art. 34, 35, 40, 42 Stellung zum Reichs-Strafgesetzbuche, zur Reichs-Strafprozeßordnung, zum Reichs-Personenstandsgesetze, zum Reichs-Haftpflichtgesetze, Abschnitt III in Art. 67, 75, 76 und 95 zum partikularen Bergrecht, Versicherungsrecht, Verlagsrecht und Gesinderecht.

BGB. zu den Reichsgesetzen und zu den Landesgesetzen.

Wenn wir nunmehr den Inhalt dieser beiden Abschnitte genauer prüfen, so haben wir damit nicht nur 121 von den 218 Artikeln des Einführungsgesetzes, also weit über die Hälfte erledigt, sondern, was das Wichtigere und für die Erörterung der Materien an dieser Stelle Ausschlag gebend ist, wir erfahren bei dieser Gelegenheit zugleich, wie das BGB. seinen Stoff begrenzt hat. Denn, das sei gleich hier bemerkt, das BGB. macht seinem Namen insofern Unehre, als es durchaus nicht das gesamte Bürgerliche Recht umfaßt und umfassen will.

Am entscheidendsten ist dafür Abschnitt III und die Stellung des BGB. zum Partikularrecht. Die Kardinalregel (Art. 55) ist hier, daß die privatrechtlichen Normen des Partikularrechts —

Digitized by Google

und zwar[1]) einschließlich des Gewohnheitsrechts und darum auch des nur im Wege des Gewohnheitsrechtes rezipierten gemeinen Rechtes — den Todesstoß erhalten haben. Also „Reichsrecht bricht Landesrecht". Die landesrechtlichen Normen gelten nur, soweit das BGB. selbst oder das EBGB. sie ausdrücklich konservieren. Das BGB. selbst thut dies nun allerdings nur verhältnismäßig selten, desto häufiger das EBGB. und daher eben die eminente Wichtigkeit des dritten Abschnittes.

An Vorschriften des BGB. selber, durch welche das Landesrecht in Geltung gelassen wird, habe ich im Ganzen nur etwa 20 gezählt. Sie lassen sich in drei Gruppen einteilen: 1) Vorschriften, welche die Verweisung auf Landesrecht direkt aussprechen; 2) Vorschriften, welche das Landesrecht indirekt zulassen, indem sie von Anordnungen der Landescentralbehörde,[2]) der Landesregierung[2]) oder der Landesjustizverwaltung reden und 3) Vorschriften, welche sonst gewisser staatlicher Anordnungen gedenken. Einige Beispiele müssen genügen.[3]) (Zu 1:) Das Landesgesetz kann nach wie vor bestimmen über die Erlaubnis zur Verheiratung von Militärpersonen, Landesbeamten und Ausländern (BGB. § 1315 Abs. I) und über die Übernahme einer Vormundschaft durch Landesbeamte oder Religionsdiener (BGB. § 1784), über pupillarische Sicherheit einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld (§ 1807 Abs. II) sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren bei Entziehung der Rechtsfähigkeit eines Vereins (§ 44 Abs. I); auf Landesgesetz kann die Verfassung einer Stiftung beruhen (§ 85).[4]) (Zu 2:) Die Landescentralbehörde ist kompetent für die Genehmigung,

---

[1]) Wegen EBGB. Art. 2 unten § 7.

[2]) Mit dieser Zulassung von Anordnungen der Landescentralbehörde und Landesregierung schließt sich das BGB. der von andern Reichsgesetzen, namentlich auch den Arbeiterversicherungsgesetzen, geübten Praxis an. Vgl. mein Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts (oben S. 4 Anm. 1) § 170 S. 930 sub a und b.

[3]) Von den im Text und in den folgenden Anmerkungen citierten Gesetzesparagraphen sind bei Endemann S. 63 und 80/81, sowie Riedel S. 11 noch nicht erwähnt worden die §§ 44 I, 85, 1807, 2249 I S. 1, 982, 1558 II, 1745 II u. III, (EBGB. Art. 35 I Nr. I).

[4]) Vgl. ferner §§ 233, 907 I Satz 2, 919 II, 2249 I.

Digitized by Google

Schuldverschreibungen auf den Inhaber in Verkehr zu bringen (§ 795 II), und für die Bekanntmachungen über Funde, welche in den Geschäftsräumen oder Beförderungsmitteln einer Landesbehörde (z. B. also im Gerichtsgebäude) oder in einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt (z. B. im Wartesaal der Eisenbahn oder im Pferdebahnwagen) gemacht werden (§ 982); die Landesregierung hat die näheren Anordnungen zu treffen über gewisse den Bundesstaaten verbliebene Dispense im Gebiete des Familienrechts, so Dispens von der Eheunmündigkeit eines Mädchens, vom Aufgebot, von gewissen Ehehindernissen, von den Vorschriften über das Alter des Adoptierenden (§§ 1322 I—III in Verbindung mit §§ 1303 II, 1312 II, 1313 II, 1316 III, 1745 II und III [1]); die Landesjustizverwaltung endlich hat Anordnungen über die Führung des Registers für eheliches Güterrecht zu treffen (§ 1558 II).[2] — (Zu 3:) Von sonstigen staatlichen Anordnungen ist die Rede z. B. bei Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verein mit wirtschaftlichen Zwecken (§ 22 Satz 1) und bei Genehmigung zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung (§ 80).[3]

Weit zahlreicher und wichtiger sind aber, wie bereits bemerkt, die Bestimmungen des Einführungsgesetzes, in welchen dem Partikularrecht Weitergeltung gewährt wird. Hierüber ist Folgendes zu bemerken: Schon der I. Entwurf hatte eine Anzahl von Angelegenheiten der civilrechtlichen Reichsgesetzgebung entzogen und dem Partikularrecht überwiesen und zwar[4] teils Materien, die im Aussterben begriffen sind, deren Neuregelung von Reichswegen also nicht lohnend erschien — wie[5] Lehnrecht, Familienfideikommisse, Erbpacht, Emphyteusis, bäuerliches Güterrecht, — teils Materien, die von jeher in starkem Maaße lokalrechtliche Färbung und einen mehr

---

[1]) Vgl. auch § 1723 II und III.

[2]) Vgl. auch EBGB. Art. 35 I Nr. I.

[3]) Vgl. ferner § 193 und § 1807 I Nr. 5.

[4]) Vgl. das Gutachten der „Vorkommission" an den Bundesrat vom 15. April 1874 und den Arbeitsplan der I. Kommission (vgl. unten S. 41 Anm. 4) bei Schwarz S. 153 ff. (insbes. S. 156) und Vierhaus S. 46 ff. und 61 ff. (insbes. S. 49 und 63).

[5]) Zu diesen Beispielen vgl. jetzt EBGB. Art. 59 ff., 63.

Digitized by Google

polizeilich-wirtschaftlichen Charakter gezeigt hatten und die man daher nicht über einen Kamm scheeren wollte, so:[1]) Gesinderecht, Jagd- und Fischereirecht, Wasserrecht, Deichrecht, Bau- und Nachbarrecht, Expropriation. — Im weiteren Verlaufe der Beratungen wurden diese Vorbehalte zu Gunsten der Partikulargesetzgebung noch erheblich erweitert und das jetzige Einführungsgesetz nennt in seinem dritten Abschnitte daher z. B. ferner als absterbende Institutionen:[2]) die Zwangs- und Bannrechte und die Realgewerbeberechtigungen; als Institutionen mit ausgesprochenem Lokalkolorit:[3]) das Bergrecht, die Haftung für Wildschaden, die Rechtssätze über die insula in flumine nata und den alveus derelictus, die Räumungsfristen bei Auszug des Wohnungsmieters, die Pfändung wegen Betretens fremden Grund und Bodens.

Dazu kam im Laufe des Häutungsprozesses, den das Bürgerliche Gesetzbuch und sein Einführungsgesetz durchzumachen hatte, Alles oder fast Alles, was dem öffentlichen Rechte angehört oder doch als zu ihm gehörig erscheinen konnte. — Denn bekanntlich lassen sich die beiden Begriffe „Öffentliches Recht" und „Privatrecht" nicht streng abgrenzen, weil für das entscheidende Merkmal, ob das Gesetz blos den Schutz des Privatinteresses der Einzelperson oder den Schutz der Gesamtheit und ihrer Interessen bezweckt, nur selten eine einfache Antwort möglich ist.[4]) Ich habe gelegentlich[5]) die beiden Rechtsgebiete mit zwei Kreisen verglichen,

[1]) Jetzt EBGB. Art. 95, 69, 65, 66, 122 ff., 109 (110 ff.).

[2]) Vgl. dazu EBGB. Art. 74 und ferner, als hierher gehörig, wohl auch Art. 64 und 96.

[3]) Vgl. EBGB. Art. 67, 69 ff., 65, 93, 89. Endemann S. 62 Anm. 5 zählt mit Recht hierher namentlich „alle irgendwie agrarischen Beziehungen"; doch rechnet er dahin auch „die Haftung der Grundstücks-Taxatoren" nach EBGB. Art. 79, welche meines Erachtens mehr wegen der Aehnlichkeit dieser Haftung mit der der Beamten, also wegen der Verwandtschaft dieser Materie mit dem öffentlichen Rechte (vgl. unten) dem Partikularrecht überwiesen worden ist. Dieser Auffassung widersprechen wohl auch nicht die Bemerkungen der „Materialien" zu EBGB. Abschn. III (Berlin 1896) S. 102 (zu Art. 77).

[4]) Vgl. hierzu neuerdings auch vortreffliche Bemerkungen bei Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895, § 4 S. 26.

[5]) Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, Leipzig 1894, § 169 S. 909.

Digitized by Google

die sich nicht völlig ausschließen, die sich vielmehr schneiden und deren Segment eine Reihe von Rechtsangelegenheiten umfaßt, welche sowohl dem Privatrecht wie dem öffentlichen Recht angehören. Solche Zwittererscheinungen sind sehr zahlreich. Es gehören dahin die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen z. B. des Nachbarrechts und des Festungsrayongesetzes, das Gewerberecht, das Urheber- und Patentrecht. Für eine Anzahl anderer Rechtsmaterien ist die Antwort bestritten; so hat man ursprünglich die Arbeiterversicherung als etwas Privatrechtliches betrachtet, bis neuerdings die herrschende Ansicht im Gegenteil hierin öffentliches Recht oder doch überwiegend öffentliches Recht erblickt.[1]) — Das Bürgerliche Gesetzbuch[2]) enthält sich nun mit einer allerdings weisen aber andererseits doch auch bedauerlichen Bescheidenheit und Vorsicht einer Definition des Begriffes „Bürgerliches Recht" und überläßt es also der Wissenschaft und Praxis, den Mittelpunkt aufzusuchen, um welchen das Gesetzbuch seinen Kreis geschlagen hat; nur insofern bieten sich im Bürgerlichen Gesetzbuche oder vielmehr im Einführungsgesetze einige Hilfslinien zur Lösung dieser Aufgabe, als eben gewisse Materien aus dem Bereiche des neuen Gesetzbuchs ausgeschieden und somit als öffentlich-rechtlichen Charakters dem Partikularrecht überwiesen worden sind, während umgekehrt diejenigen Materien, welche das Gesetzbuch für sich selber in Anspruch genommen hat, seiner dadurch ausgedrückten Auffassung gemäß als Privatrecht zu betrachten sind.

Was nun diese Konzessionen des BGB. an das Partikularrecht im einzelnen anbetrifft, so begegnen sie in EBGB. Abschnitt III zunächst allerdings[3]) bei einigen zweifellos öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, wie Kirchen- und Schulbaulast und wie etwa die Rechtsverhältnisse der gottesdienstlichen Gebäude und

[1]) Vgl. mein Lehrbuch a. a. O. und meinen Aufsatz „Privatversicherung und Arbeiterversicherung" in Baumgartners Zeitschrift für Versicherungsrecht und -wissenschaft Bd. I (Straßburg 1895) S. 223 ff., insbes. S. 227 ff.

[2]) Anders noch die Motive Bd. I S. 1.

[3]) Zu nachstehenden Beispielen vgl. EBGB. Art. 132, 133, 97 ff., 113 ff., 80 f.

Digitized by Google

Kirchhöfe oder die Rechtsverhältnisse, welche mit Staatsschulden und Sparkassen zusammenhängen, oder wie die Vorschriften über Gutsregulierungen und die Ansprüche der Beamten und ihrer Hinterbliebenen auf Gehalt und Pension. Aber auch bei Angelegenheiten, welche wir bisher im Privatrecht behandelt zu finden gewohnt waren, wie[1]) die religiöse Erziehung der Kinder, die Zwangserziehung der Minderjährigen und die Übernahme der Vormundschaft durch den Vorstand einer Erziehungsanstalt sowie die Succession der Anstalt in den Nachlaß des Pfleglings, die Erwerbsfähigkeit der toten Hand und der Ausländer, die Schadensersatzpflicht der Gemeinde bei Zusammenrottungen, die Sicherheitshypothek des Fiskus, die Schicksale des Vermögens eines aufgelösten Vereins, die Verfassung eines staatlich genehmigten Vereins.

Übrigens ist betreffs dieser Reservate, welche das Einführungsgesetz zu Gunsten des Landesrechts enthält und für welche ich Sie im Detail auf Ihr eigenes Studium verweisen muß, noch auf mehrere sehr wichtige Punkte aufmerksam zu machen. Erstens, daß nicht durchweg die ganze Materie dem Partikularrecht überlassen worden ist, sondern vielfach nur die eine oder die andere einschlägige Spezialfrage; so z. B. betreffs des Wildschadens (Art. 70 f.) und der Haftpflicht (Art. 105 ff.) oder des Nachbarrechts (Art. 122 ff.) und des Hinterlegungswesens (Art. 145). — Zweitens, daß das Einführungsgesetz umgekehrt auch betreffs einiger der im ganzen dem Partikularrecht überlassenen Angelegenheiten für einen bestimmten Einzelpunkt das Landesrecht einschränkt und den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches absolute Kraft vindiziert; dies geschieht beispielsweise dahin, daß trotz der Klausel zu Gunsten des partikularen Jagd- nnd Fischereirechts die Vorschriften des BGB. über den Wildschaden maßgebend bleiben und desgleichen seine Vorschrift, daß gegen ein gesetzliches Verbot oder das Aneignungsrecht eines andern durch Okkupation einer herrenlosen Sache kein Eigentum

[1]) Vgl. EBGB. Art. 134, 135, 136, 139, 86 f., 88, 108, 91, 85, 82. Ferner rechne ich hierher die Art. 77, 78, 84, 92, 103—107, 109 ff., 112, 113, 119, 126 ff., 138, 143 ff. Zweifelhafter, wohin sie zu stellen sind, erscheinen die Art. 94, 129 und 130.

Digitized by Google

erworben werde (Art. 69); ferner müssen trotz der partikularen Gestaltung des Gesinderechts gewisse Normen des BGB. respektiert werden, so die über Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen und über den Schutz der Gesundheit, des Lebens nnd der Sittlichkeit des Dienstpflichtigen (Art. 95 II)[1]) — Drittens und letztens ist zu bemerken, daß das Einführungsgesetz des Partikularrechts nicht nur in Abschnitt III Erwähnung thut, sondern auch noch an anderen Stellen, namentlich[2]) in den Übergangsbestimmungen des Abschnittes IV, indem dort für gewisse Angelegenheiten hervorgehoben wird, daß sie sich, wenn sie vor dem 1. Januar 1900 entstanden wären, nach den oder jenen Vorschriften des Landesrechts[3]) oder gewisser bestimmter Gesetze[4]) auch ferner richten sollten. In allen diesen Angelegenheiten kann dann, was sehr wichtig ist, zufolge Art. 218 das bisherige Partikularrecht durch neue Landesgesetze abgeändert werden. Eine besondere Stellung nehmen innerhalb dieser des Landesrechts gedenkenden Übergangsbestimmungen die folgenden ein: 1) Art. 183, der gewisse Vorschriften des partikularen Nachbarrechts über den Überhang von Baumästen und den Überfall von Baumfrüchten zu Gunsten des Eigentümers eines mit Wald bestandenen Grundstücks zwar fortbestehen läßt, aber nur bis zur nächsten Verjüngung des Waldes nach dem 1. Januar 1900; das Besondere dieser Vorschrift besteht darin, daß sie das Partikularrecht nur auf Zeit schont; 2) Art. 186 I und 188, die betreffs der Anlegung von Grundbüchern das Verfahren und den Zeitpunkt einer genaueren Regelung durch landesherrliche Verordnung im besondern überlassen bezw. zufolge landesherrlicher Verordnung gesetz-

[1]) Vgl. ferner EBGB. Art. 64 II, 116, 118 Satz 2, 149 II.

[2]) Innerhalb des Abschnittes II wird auf Landesgesetz bezw. allgemeine Anordnungen der Landesjustizverwaltung verwiesen in Art. 34 Nr. II Satz 2 und Art. 35 Nr. I Satz 1 (vgl. oben S. 31 Anm. 2).

[3]) Vgl. EBGB. Art. 167, 169 II, 170 f., 172 S. 2, 174 I S. 2 und II, 175, 178, 182 S. 2, 183 f., 189, 191 I, 198, 200 I S. 1 und III, 202, 206, 207, 208 I und II, 209, 212, 213, 214, 216, 217.

[4]) Es verweist Art. 210 II Satz 1 auf die Preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 und ihren Geltungsbereich und es verweisen auf bayerische bezw. sächsische bezw. französische und badische Gesetze die Art. 154, 156 II, 157, 165 f., 200 I S. 2, 208 III, 211.

Digitized by Google

liche Pfandrechte sowie Miet- und Pachtrechte auch ohne Eintragung ins Grundbuch mit publica fides umkleiden; 3) einige Artikel, welche dem Landesgesetz nur die Befugnis zu bestimmten Anordnungen über gewisse Punkte des Grundbuchrechts einräumen (vgl. Art. 187 II, 193, 194, 195 II, 196).

Trotz des Grundprinzips „Reichsrecht bricht Landesrecht" ist dem letzteren somit noch sehr viel Platz gelassen worden. „Es erben sich Gesetz und Rechte" der Einzelstaaten also noch in mancher Richtung auch für das Civilrecht fort. Darum ist es ein sehr verdienstvolles Unternehmen, wenn Rechtsanwalt Weißler in Halle a. S. das Preußische Landesprivatrecht zusammenzustellen sucht und eine „Sammlung der neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft bleibenden Quellen des Preußischen Privatrechts"[1]) herausgiebt, welche wohl zum unentbehrlichsten Rüstzeug der preußischen Praktiker gehören wird.

Bezüglich des Verhältnisses des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Partikularrecht ist nun aber noch auf einige weitere sehr wichtige Punkte aufmerksam zu machen: 1) Gänzlich unberührt bleiben Staatsverträge, welche ein Bundesstaat mit einem ausländischen Staate vor dem 1. Januar 1900 geschlossen hat (Art. 56), gleichviel welche civilrechtliche Frage sie anlangen. 2) Als „Bundesstaat" gilt auch das Reichsland Elsaß-Lothringen[2]) (Art. 5), so daß auch dessen ältere oder künftige Partikularrechtsnormen (oder Staatsverträge) in der für solche überhaupt gezogenen Grenze bestehen bleiben. Denn 3) ebenso wie wir dies betreffs der Übergangsbestimmungen bereits gesehen haben (oben S. 35), bestimmt das EBGB. (Art. 3), daß, soweit Partikularrecht überhaupt zugelassen worden ist, auch neues Partikularrecht geschaffen werden kann; so wäre also Preußen keineswegs verhindert, eine neue Gesindeordnung oder ein Gesetz über Wasserrecht zu erlassen. 4) Nach EBGB. Art. 4.

[1]) Bisher 2 Lieferungen, Leipzig 1897. In Lieferung 1 p. III—IX gründliche Erörterungen über das Verhältnis zu Reichs- und Landesrecht und über die Bedeutung des EBGB.

[2]) Helgoland ist durch Reichsgesetz vom 15 Dezember 1890 (RGBl. S. 207) dem Bundesstaate Preußen inkorporiert.

Digitized by Google

Art. 4,[1]) der dem Vorbilde des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch § 3 folgt, treten, soweit die Reichsgesetze oder Landesgesetze auf Vorschriften verweisen, welche im BGB. selber oder im EBGB. außer Kraft gesetzt sind, an Stelle jener reichs- oder landesgesetzlichen Vorschriften das Bürgerliche Gesetzbuch oder das Einführungsgesetz. Das heißt m. a. W. und an Beispielen erläutert:[2]) Da das BGB. positive Normen über Irrtum, Zwang und Betrug, Anfechtung, Nichtigkeit, Fristberechnung, Verjährung, Ehelichkeit der Kinder, Verwandtschaft und Schwägerschaft enthält und in dieser Hinsicht Vorbehalte zu Gunsten des Partikularrechts oder des älteren Reichsrechts nicht beliebt worden sind, greifen jene Normen auch dann Platz, wenn eines der zur Zeit vorhandenen Reichs- oder Landesgesetze von Irrtum, Anfechtung, Frist, Verjährung, Schwägerschaft u. s. w. spricht.[3]) Insofern dient also, wie Weißler[4]) richtig bemerkt, das BGB. zur Ergänzung fortbestehenden Partikularrechts, es ist also in diesem Sinne das BGB. nur subsidiäres Recht.

Wenden wir uns nunmehr zu dem Verhältnisse des BGB. zum älteren Reichsrecht, so haben wir einen Punkt, die Substituierung der Vorschriften des BGB. in die entsprechenden Partieen älterer Reichsgesetze, soeben erledigt, und der Besprechung bedarf daher nur der Inhalt des Einführungsgesetzes Abschnitt II.

Die Kardinalregel (Art. 32) ist hier die umgekehrte wie gegenüber dem Partikularrecht. Während Partikularrecht prinzipiell außer Kraft tritt, es sei denn, daß das BGB. oder das EBGB. etwas anderes bestimmen, ist der leitende Grundsatz hier der, daß älteres Reichsrecht bestehen bleibt, es sei denn, daß sich seine Aufhebung aus dem BGB. oder dem EBGB. ergibt, was freilich nicht notwendig mit ausdrücklichen Worten geschehen muß. Nur in diesem Umfange soll der alte Grundsatz Anwendung finden

[1]) Vgl. oben S. 36 Anm. 1.

[2]) Vgl. auch Endemann S. 57, Cosack S. 35 sub b.

[3]) Vgl. z. B. das Reichs-Anfechtungsgesetz (Reichsgesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens) vom 21. Juli 1879 (RGBl. S. 277) § 3 oder die Wechselordnung Art. 77 ff.

[4]) Weißler, Einleitung p. IV.

Digitized by Google

„lex posterior derogat priori", nicht etwa überall da, wo das BGB. Materien berührt, die auch jene Gesetze berührt hatten. So wird kein Zweifel daran möglich sein, daß das Reichsanfechtungsgesetz[1]) bestehen bleibt, wiewohl das BGB. (§§ 119 ff., 142 ff.) eingehend über Anfechtung einer Willenserklärung und eines Rechtsgeschäfts spricht; wenigstens als Ganzes bleibt jenes Gesetz bestehen, denn im einzelnen sind nach Maßgabe des vorher (S. 37 sub 4) für Reichs- und Landesgesetze Erörterten für manche seiner Bestimmungen solche des BGB. zu substituieren.

Die Einzelvorschriften des EBGB. Art. 33 bis 54 lassen sich nun in mehrere Gruppen zerlegen; namentlich sind zu unterscheiden diejenigen Vorschriften, welche die gänzliche Aufhebung und diejenigen, welche blos eine Abänderung älterer Reichsgesetze oder einzelner Bestimmungen daraus anordnen. Für beide Gruppen will ich einige Beispiele herausgreifen: Die gänzliche Aufhebung eines Gesetzes findet sich nur einmal (Art. 39), und zwar hinsichtlich des Gesetzes vom 14. November 1867, betr. die vertragsmäßigen Zinsen, dessen Vorschriften übrigens zum Teil in das jetzige BGB. übergegangen sind.[2]) Desto zahlreicher ist die Aufhebung einzelner, durch entsprechende Bestimmungen des BGB. erledigter Bestimmungen älterer Reichsgesetze; so wird der über die Ungültigkeit wucherischer Verträge handelnde § 3 des Zinswuchergesetzes vom 24. Mai 1880 und seiner Novelle vom 16. Juni 1893[3]) aufgehoben (Art. 47), ferner aus dem „Personenstandsgesetz" vom 6. Februar 1875 ein Teil wichtiger Bestimmungen, insbesondere die Vorschriften über die Erfordernisse und die Form der Eheschließung (Art. 46 I[4])), ferner (Art. 43 und 45) aus dem Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 und aus dem Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 die §§ 6 II bezw. 45 II Satz 2, welche, wie es jetzt das BGB. (§ 411) ganz generell für Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten statuiert, bei

[1]) Vgl. oben S. 37 Anm. 3.
[2]) Vgl. § 2 Abs. I und II sowie Abs. III a. A. und § 3 des Gesetzes vom 14. Nov. 1867 (Bundesgesetzbl. S. 159) mit BGB. §§ 247, 288 I Satz 2.
[3]) Vgl. nämlich jetzt BGB. § 138 II.
[4]) Vgl. jetzt BGB. Buch IV Abschn. I Tit. 2 §§ 1303—1322.

Digitized by Google

Cession der Gehalts- oder Pensionsforderung eine Benachrichtigung der zahlenden Kasse mittels öffentlicher Urkunde verlangten. Vgl. ferner EBGB. Art. 48, 49, 51. — Als solche Vorschriften, die eine Abänderung älterer Reichsgesetze anordnen, sind alle vorstehend nicht erwähnten Artikel (von Art. 34 bis 54) des EBGB. Abschn. III zu betrachten. Oft ist die Abänderung scheinbar nur eine redaktionelle, um das ältere Gesetz mit der Terminologie des BGB. in Einklang zu bringen, aber in der That ist sie selbst dann eine materielle. So wenn Art. 34 Nr. I bezüglich der im Strafgesetzbuch § 34 Nr. 6 vorgesehenen Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und des daraus folgenden Verlustes der Ehrenämter besagt, es sollen in jenem Paragraphen des Strafgesetzbuchs fortab nicht mehr die Worte „Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrates" gelesen werden, sondern die Worte „Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrats oder Kurator"[1]). Denn obgleich hierin im allgemeinen nur eine redaktionelle Änderung des Strafgesetzbuchs liegt, indem die substituierten Begriffe denen des älteren Familienrechts der Hauptsache nach entsprechen, und obgleich zur Erreichung dieser sinngemäßen Abänderung demnach wohl schon der vorher (S. 37 sub 4) besprochene Art. 4 des EBGB. ausgereicht hätte, so ist eine materielle Änderung des Str.GB. doch mindestens darum vorhanden, weil unter den zu substituierenden Begriffen auch der „Beistand der Mutter" auftritt, der im BGB. selber eine ganz neue Erscheinung ist, weil er zur Unterstützung der Mutter bei Ausübung der vom BGB. neu erfundenen „elterlichen Gewalt der Mutter" dient (vgl. BGB. § 1687 ff.).[2]) — Andere Beispiele solcher zunächst redaktionellen, zugleich aber materiellen Änderungen bietet nicht nur derselbe vom Str.GB.

[1]) Dieses Wort hat gar keinen Sinn. Denn ein „Kurator" ist dem BGB. gänzlich unbekannt. Vgl. übrigens auch Breckner, das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner Einwirkung auf das Strafrecht (in Goltdammers Archiv für Strafrecht Jahrg. 45 Heft 2, Berlin 1897, S. 81).

[2]) Auf ihn beziehen sich auch die Aenderungen, welche Art. 41 Nr. II Abs. 2 Satz 2, Nr. III Abs. 2 vorsieht.

Digitized by Google

handelnde Art. 34 des BGB., sondern auch gleich der nächste Art. 35, welcher die Strafprozeßordnung betrifft und in Abs. II anordnet, daß deren Vorschrift (§ 149 II) über Zulassung eines Beistandes des Minderjährigen nicht mehr auf den Vater, Adoptivvater oder Vormund zu verstehen sei, sondern auf den „gesetzlichen Vertreter", also auch z. B. auf die die „elterliche Gewalt" über das minderjährige Kind ausübende Mutter (vgl. BGB. §§ 1686, 1630 I). Dieser „gesetzliche Vertreter" ist es ferner,[1]) welcher fortab statt Vater, Mutter, Vormund oder anderer Beschützer eines minderjährigen Fabrikarbeiters nach EBGB. Art. 36 II—VI bei denjenigen Bestimmungen der Gewerbeordnung interessiert, in welchen es sich um Ausstellung und Empfangnahme des Arbeitsbuchs, um den Anspruch auf ein Arbeitszeugnis des Fabrikherrn u. dergl. handelt. — Vgl. andere Beispiele noch in Art. 40 II, 41 I bis IV, 46 II. — Aber auch an ganz radikalen Abänderungen älterer Reichsgesetze fehlt es im EBGB. Abschn. III durchaus nicht; besonders bemerkenswert ist hier die Fortbildung, welche das Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 in EBGB. Art. 42 erfahren hat, durch welchen teils neue Ansprüche für den Verletzten bezw. seine Hinterbliebenen eingeführt worden sind, teils die im Haftpflichtgesetze bereits vorhandenen Ansprüche in ein moderneres, sozialeres Gewand gekleidet worden sind (vgl. unten § 8 S. 65 Anm. 3).

Die Bestimmungen des EBGB. Abschn. III sind übrigens nur exemplifikatorischer Natur, keineswegs erschöpfend. Denn auch bezüglich anderer Reichsgesetze kann und wird sich ergeben, daß sie in ihren Einzelheiten mit dem BGB. disharmonieren und daß daraus Abänderungen oder Aufhebungen einzelner Paragraphen zu folgern sind. Dies festzustellen, wird eine der wichtigsten und oft auch eine der schwierigsten Aufgaben für die Praxis des nächsten Jahrhunderts bilden. Betreffs des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung werden nach dem später (§ 5 S. 42) zu besprechenden Art. 1 des EBGB. die notwendigen

[1]) Betreffs des „gesetzlichen Vertreters" vgl. auch EBGB. Art. 34 III und 37 I.

Digitized by Google

Veränderungen noch vor dem 1. Januar 1900 vom Reiche selber vorgenommen werden, betreffs des Handelsgesetzbuchs ist dies bereits in seiner neuen Fassung vom 10. Mai 1897 geschehen.

Gerade das neue Handelsgesetzbuch interessiert hier — bei Betrachtung des Einführungsgesetzes — zugleich aus einem anderen Grunde. Das ganze Handelsrecht einschließlich des Seerechts und ebenso das Wechselrecht und das Urheberrecht (im weitesten Sinne) gehören zwar auch, wenigstens der Hauptsache nach,[1]) zum Privatrecht, aber auch mit ihnen hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch nicht weiter beschäftigt. Der Grund ist hier also nicht etwa, wie bei den Vorbehalten zu Gunsten des Partikularrechts, der öffentlich-rechtliche Charakter oder gar die lokalrechtliche Färbung oder das Absterben dieser Materien, sondern der Umstand, daß hier bereits Kodifikationen aus der Zeit des deutschen Reiches oder doch aus der letzten Hälfte des Jahrhunderts vorliegen, welche der Neuregelung nicht bedurften, bei denen vielmehr höchstens die vorher angedeutete Notwendigkeit vorlag, sie mit dem BGB. in Einklang zu bringen und — wie dies inzwischen betreffs des Handelsrechts durch das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 wenigstens einigermaßen[2]) der Fall gewesen ist — zugleich zeitgemäße Reformen vorzunehmen. Wegen ihrer nahen Verwandtschaft mit dem Handels- und Seerecht sollten dann nach dem Beschlusse der I. Kommission[3]) auch die Rechtsverhältnisse der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die der Binnenschifffahrt und die des Verlagsrechts sowie des Privatversicherungsrechts[4]) von der Regelung im BGB. ausgeschlossen und der durch Spezialgesetze des Reiches überlassen werden. Solche Reichsgesetze sind nun zum Teil

[1]) Vgl. oben S. 33.

[2]) Vgl. die Bemerkungen von Pappenheim, das neue deutsche Handelsgesetzbuch, in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 46 (Stuttgart 1897) S. 378.

[3]) Vgl. Vierhaus S. 62 sub 2.

[4]) Bei dem Ausdrucke „das gesamte Versicherungsrecht" im Arbeitsplane der Kommission (Besondere Beilage zu Nr. 2 des Reichsanzeigers und Preußischen Staatsanzeigers vom 13. Januar 1877) S. 2 sub 5 b wurde natürlich an das „Reichsversicherungsrecht" im jetzigen Sinne der späteren Arbeiterversicherungsgesetze (vgl. oben S. 4 Anm. 1) ebensowenig gedacht, wie im EBGB. Art. 75.

Digitized by Google

bereits ergangen, nämlich das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 (Novelle zum Bundesgesetz vom 4. Juli 1868), das Reichsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892, das Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895, dem sich unter gleichem Datum ein Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei anschloß. Es fehlt also von diesen Materien nur noch das Privatversicherungsrecht[1]) und das Verlagsrecht, welche bis zu ihrer reichsrechtlichen Regelung noch dem Partikularrecht vorbehalten sind (durch die ausdrücklichen Vorschriften des EBGB. Art. 75 und 76).

So schränkt sich der Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach diesen Richtungen auch zu Gunsten älteren Reichsrechts ein, und nicht blos wegen der Vorbehalte zu Gunsten des Partikularrechts ist das neue Gesetzbuch demnach ein Torso geblieben, dem wichtige von denjenigen Teilen fehlen, welche nach dem Gesetze vom 20. Dezember 1873 (oben S. 16) und der hierdurch geschaffenen Erweiterung der Reichsgesetzgebungskompetenz auf „das gesamte bürgerliche Recht" sich in dem neuen Civilgesetzbuche verkörpern sollten. Daher auch, wie wir schon sahen (oben S. 24), entsprechend dem begrenzten Inhalte der auffallend geringe Umfang von nur 2385 Paragraphen.

§ 5. Die Nebengesetze zum BGB.

Ich sprach von der geplanten und inzwischen erfolgten Modernisierung des Handels- und Seerechts und von seiner Anpassung an das Bürgerliche Gesetzbuch und deutete auch bereits einen andern Punkt an, die geplante Abänderung des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung. Betreffs dieser Materien stellt das Einführungsgesetz, das wegen des neuen Handelsgesetzbuchs schweigt, das Programm ausdrücklich auf (in Art. 1), und einen Teil der für die Civilprozeßordnung und die Konkursordnung in Aussicht genommenen Aenderungen und Ergänzungen macht auch bereits die Zusammenstellung ersichtlich, welche als Anlage II der Reichstagsvorlage (Berlin, Heymanns

[1]) Im Gegensatze zum sozialpolitischen „Reichsversicherungsrecht" (vgl. die vorige Anmerkung).

Digitized by Google

Verlag S. 455—529) beigefügt ist. Zu diesen drei Ergänzungsgesetzen sollen dann nach derselben Verheißung des EBGB. (Art. 1) noch drei andere Nebengesetze treten, von denen das über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich noch im Stadium der Vorbereitung befindet[1]) und nasciturus ist, wogegen die neue „Grundbuchordnung für das Deutsche Reich" und das „Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung", welches sich auf Immobilien und Schiffe, nicht dagegen auf andere Mobilien bezieht, bereits das Licht der Welt erblickt haben[2]) und zwar beide am 24. März 1897, also genau 18 Jahre nach dem vom Jahre 1879 stammenden Preußischen Ausführungsgesetze zur Reichscivilprozeßordnung. Das erwähnte Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit soll das gerichtliche Verfahren betreffs derjenigen Angelegenheiten ordnen, die nicht in die projektierten Novellen zur Civilprozeßordnung und zur Konkursordnung gehören, demnach insbesondere das Vormundschafts- und Nachlaßwesen. — Nehmen wir also zu den in EBGB. Art. 1 erwähnten Nebengesetzen das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hinzu, so ist es ein Siebengestirn, das von der Sonne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein Licht empfängt.

§ 6. Das Inkrafttreten des BGB., des EBGB. u. der Nebengesetze.

Alle diese Gesetze werden — soweit sie bereits publiziert sind, nach dem Wortlaut ihres eigenen Textes bezw. des der Einführungsgesetze[3]), soweit sie noch ausstehen, nach der erwähnten Verheißung des EBGB. Art. 1 — zugleich mit dem BGB. und dem EBGB. am ersten Tage des neuen Jahrhunderts in Kraft treten. Doch ist dazu noch einiges zu bemerken, was nicht blos von theoretischer, sondern auch von praktischer Wichtigkeit erscheint.

[1]) Zur Zeit (Dezember 1897) ist es vom Plenum des Reichstages einer Kommission überwiesen worden.

[2]) Abgedruckt ist im Reichsgesetz-Bl. Nr. 14 vom 3. April 1897 S. 97 bis 134 das RG. über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und ebenda S. 135—137 sein Einführungsgesetz, in Nr. 15 vom gleichen Datum S. 139—157 die Grundbuchordnung (die kein Einführungsgesetz hat).

[3]) Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch Art. 1 Abs. I, Grundbuchordnung § 82 I, Einführungsgesetz zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung § 1 Abs. I.

Digitized by Google

Zunächst betreffs der bereits publizierten drei Gesetze zwei Bemerkungen, dann betreffs der in Aussicht stehenden vier Gesetze eine Bemerkung.

Das Handelsgesetzbuch und das Zwangsversteigerungsgesetz, eben so aber auch, was uns für diesen Vortragscyklus ja lebhafter interessiert, das Bürgerliche Gesetzbuch, enthalten den Vermerk über den Beginn ihrer Geltung nicht, wie die neue Grundbuchordnung, in ihrem eigenen Kontexte, sondern in den respektiven Einführungsgesetzen (jedesmal im Art. bezw. § 1) und diese Einführungsgesetze wiederum schweigen über die Frage, wann sie in Kraft treten sollen. Eine strikte Anwendung des Artikel 2 Satz 3 der Reichsverfassung (wonach bekanntlich mangels positiver Angabe eines anderen Anfangstermins in dem publizierten Gesetze die verbindliche Kraft mit dem 14. Tage nach dem Erscheinungstage des betreffenden Stückes des Reichsgesetzblattes beginnt) muß nun zu dem Schlusse führen,[1]) daß die erwähnten Einführungsgesetze bereits in Kraft sind, und zwar das zum Bürgerlichen Gesetzbuche seit dem 7. September 1896, das zum Zwangsversteigerungsgesetze seit dem 17. April 1897, das zum Handelsgesetzbuche seit dem 4. Juni 1897, da die Ausgabe der betreffenden Stücke des Reichsgesetzblattes am 24. August 1896, am 3. April 1897 und am 21. Mai 1897 erfolgt ist. Ferner fragt es sich, ob nicht auch die Hauptgesetze selber mit den gleichen Daten in Kraft getreten sind, da ja auch sie über den Termin schweigen. Bezüglich der Hauptgesetze wird man diese Konsequenz nun freilich ablehnen können, da eben andere gleichberechtigte Reichsgesetze, die Einführungsgesetze, von Reichswegen das Gegenteil befehlen und den 1. Januar 1900 als Anfangstermin der Gültigkeit fixieren. Bezüglich der Einführungsgesetze dagegen wird sich die angedeutete Konsequenz nur vermeiden lassen, wenn man entsprechend der bei früheren Reichsgesetzen, z. B. den Reichsjustizgesetzen, geübten Praxis wegen des innigen organischen Zusammenhanges von Hauptgesetz und Einführungsgesetz beide als ein Ganzes

[1]) Vgl. auch Pappenheim a. a. O. S. 378 f. und derselbe auch bereits in der Deutschen Juristenzeitung Bd. I (Berlin 1896) S. 169 ff.

Digitized by Google

auffaßt, bezüglich dessen es genügend sei, daß nur das eine sich über den Gültigkeitsbeginn ausspricht. Unbestritten ist dies freilich nicht. Ein praktisches Ergebnis der Ansicht, daß das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche schon seit dem 7. September 1896 in Kraft steht, wäre, daß das Gesetz über die vertragsmäßigen Zinsen, dem, wie wir (oben S. 38) sahen, das EBGB. (Art. 39) den Todesstoß androht, schon jetzt als Leiche zu betrachten und daher für diesen Punkt bis zum 1. Januar 1900 ein Vakuum vorhanden sei.

Die bereits publizierten Nebengesetze betrifft sodann folgender Punkt, der, was das Handelsgesetzbuch anlangt, auch für das Bürgerliche Gesetzbuch selber und seinen Gültigkeitstermin von Erheblichkeit ist: Während das BGB. nach Art. 1 des EBGB. am 1. Januar 1900 die Gültigkeit in toto erhalten soll, wird die entsprechende Vorschrift betreffs der Grundbuchordnung, des Zwangsversteigerungsgesetzes und des Handelsgesetzbuchs etwas modifiziert. Am 1. Januar 1900 will nämlich die Grundbuchordnung nur in Kraft treten, soweit es sich um Anlegung des Grundbuchs handelt, und das Zwangsversteigerungsgesetz, soweit es die Seeschiffe betrifft; im übrigen wollen beide Gesetze ihre Gültigkeit für jeden Grundbuchbezirk erst haben, wenn das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (wofür wiederum nach EBGB. Art. 186 I für jeden Bundesstaat landesherrliche Verordnung bestimmend ist). — Während die Grundbuchordnung und das Zwangsversteigerungsgesetz also für viele Einzelfragen ihren Gültigkeitstermin ins Ungewisse bis in das neue Jahrhundert verschieben, tritt das Handelsgesetzbuch schon vor dem 1. Januar 1900 in Kraft und zwar unbedingt wegen des sechsten Abschnittes seines ersten Buches, der von den „Handlungsgehülfen und Handlungslehrlingen" spricht, bereits am 1. Januar 1898 (EHGB. Art. 1 II), bezüglich des siebenten Abschnittes seines dritten Buches, der die „Beförderung von Gütern und Personen auf der Eisenbahn" betrifft, in einem andern Zeitpunkte, falls nämlich der Kaiser von der ihm in EHGB. Artikel 1 III eingeräumten Befugnis Gebrauch macht, im Verordnungswege unter

Digitized by Google

Zustimmung des Bundesrates diesen Abschnitt früher in Kraft zu setzen. Was uns besonders interessieren muß, ist nun jene Anordnung des EHGB., daß die Normen über Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge schon am 1. Januar 1898 zur Geltung gelangen. Denn dabei tritt eine merkwürdige Komplikation ein, welche schon eine kleine Spezialliteratur[1]) hervorgerufen hat. Einer der auf diese Weise bereits vom 1. Januar 1898 ab geltenden Paragraphen — es sind dies die §§ 59 bis 83 — und zwar der § 62 III nimmt nämlich seinerseits ausdrücklich Bezug auf einige Paragraphen des BGB., auf §§ 842 bis 846, und ebenso thut dies indirekt HGB. § 76 I, indem dieser auf HGB. § 62 verweist. Was den Grund und Zweck dieser Bezugnahme vom HGB. auf das BGB. anbetrifft, so erklärt sie sich aus der gleichen Tendenz und dem sehr ähnlichen Inhalte der in Betracht kommenden Bestimmungen des HGB. und einiger Bestimmungen des BGB. (§ 618) über den Dienstvertrag. Dort wie hier ist nämlich die Rede von den Pflichten, welche der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Gesundheit, Sittlichkeit und Religion seiner Angestellten zu erfüllen hat. Er muß die Arbeitsräume, die Arbeitszeit und die Arbeitsgerätschaften so einrichten, daß keine Gefahr für Gesundheit, gute Sitten und Anstand eintreten kann, und diese Pflichten des Prinzipals steigern sich, sofern der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber wohnt, zu einer Fürsorge dafür, daß auch der Wohn- und Schlafraum, die Verpflegung sowie die Arbeits- und Erholungszeit den Rücksichten auf Gesundheit und Sittlichkeit und auf die Religion — also den Besuch der Kirche und des Religionsunterrichts — anzupassen sind. Falls nun der kaufmännische Prinzipal im besondern diesen Ansprüchen des Handelsgesetzbuchs nicht genügt, so ist er (nach HGB. § 62 III) dem Handlungsgehilfen oder Handlungslehrling zu

[1]) Vgl. außer den oben S. 44 erwähnten Abhandlungen von Pappenheim insbes. Spahn in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrg. II (Berlin 1897) Nr. 8 S. 156, Rieſſer und Staub ebenda Nr. 12 S. 240 f., von Specht ebenda Nr. 13 S. 261, Staub ebenda Nr. 17 S. 333 ff., Kahn ebenda Nr. 20 S. 400 ff., Feisenberger ebenda Nr. 21 S. 422. Ferner Wolf in der Monatsschrift für Handelsrecht u. Bankwesen, Jahrg. VI, Berlin 1897, Nr. 8.

Digitized by Google

Schadensersatz verpflichtet, und auf diese Verpflichtung will HGB. § 62 III) ebenso wie betreffs des rein civilrechtlichen Dienstvertrages BGB. § 618 III) die Vorschriften des BGB. §§ 842 bis 846 über Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen angewendet wissen. — Es verweist also einer jener Paragraphen des HGB., welche bereits am 1. Januar 1898 gelten, auf bestimmte Paragraphen des BGB., das doch erst zwei Jahre später in Kraft treten soll. Die Frage ist nun, ob dadurch nicht diese Paragraphen des BGB. selber bereits am 1. Januar 1898 Geltung erlangen. Die Antwort muß m. E. dahin lauten: Als lex posterior hat das HGB. vom 10. Mai 1897 § 62 III zweifellos der lex prior, dem EBGB. Art. 1, derogieren können und hat ihm auch derogiert, aber nur für seinen, des Handelsgesetzbuchs, eigensten Zweck, nicht ganz generell. Soweit wollte das HGB. gar nicht in die Sphäre des BGB. eingreifen, daß nun etwa vom 1. Januar 1898 ab jene Schadensersatzansprüche des BGB. §§ 842—846 auch schon anderen Personen, also etwa einem Dienstboten oder einem Rentier, zu gute kommen. Hätte das HGB. dies beabsichtigt, so wäre das allerdings eine Kränkung des BGB. gewesen, aber auch hier wäre staatsrechtlich gegen die Befugnis zu solchem Eingriffe der lex posterior nichts einzuwenden. Wir werden uns daher auf den Standpunkt stellen dürfen, daß die Ausdrucksweise des HGB. § 62 III nur eine Abkürzung ist und daß man sich statt der Verweisung auf BGB. §§ 842—846 den Wortlaut dieser Paragraphen eingerückt denken darf, daß aber an dem erst für den 1. Januar 1900 bestimmten Inkrafttreten des BGB. selber gar nichts geändert worden ist.

Schließlich (vgl. S. 44 oben) die Bemerkung wegen der vier erst in Aussicht stehenden Gesetze d. h. der Novellen zum Gerichtsverfassungsgesetze, zur Civilprozeßordnung und zur Konkursordnung sowie des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Endemann (§ 14 I S. 55) wirft die Frage auf, was zu geschehen habe, wenn jene Gesetze nicht bis zum 1. Januar 1900 fertig geworden sind? Endemann macht sehr zutreffend darauf aufmerksam, daß alsdann eine Reihe von Bestimmungen „einfach unaus-

Digitized by Google

führbar in der Luft schweben" würden, z. B. die Entmündigung wegen Trunksucht, für welche es zur Zeit an Vorschriften über das Verfahren und die zuständige Behörde fehlt. Daraus folgert Endemann dann weiter, daß es in solchem Falle eines neuen gesetzlichen Aktes und einer Hinausschiebung des Gültigkeitstermines für das BGB. bedürfte. Das wäre aber m. E. eine übermäßig gewaltsame Durchhauung des gordischen Knotens. Ich glaube allerdings auch an die Notwendigkeit eines Zusatzgesetzes zum EBGB., aber dies Gesetz würde blos diejenigen Normen des BGB. berücksichtigen und suspendieren müssen, bei denen es in der That klar ist, daß sie undurchführbar sind, und zwar ganz undurchführbar. Wo, wie bei den von Endemann weiter angeführten Beispielen der Todeserklärung, der Testamentserrichtung, des Vormundschaftswesens, der Auflassung und der Entmündigung wegen Geistesschwäche, in den Partikularstaaten die erforderlichen Organe bereits zu Gebote stehen, könnte das Zusatzgesetz auf deren provisorische Hilfe verweisen. Undurchführbar wären außer der Entmündigung wegen Trunksucht auch z. B. die Eintragungen ins Güterrechtsregister für Eheleute (BGB. §§ 1558 ff.). Freilich könnte auch hier im Einzelfalle leicht der Skrupel auftauchen, ob nicht derartige reichsgesetzliche Anordnungen verfassungswidrige Eingriffe in das partikulare Verwaltungsrecht, insbesondere in das Beamtenrecht, involvieren, so daß also höchstens auf dem Umwege der „Kompetenz-Kompetenz" solche Vorschriften erreichbar wären.

§ 7. Gewohnheitsrecht und Autonomie.

Die Stellungnahme des BGB. zum älteren Reichsrecht und zum Partikularrecht haben wir bereits geprüft, indem wir von Abschnitt II und III des EBGB. ausgingen. Prüfen wir nun noch die Stellung des BGB. zum Gewohnheitsrechte und zur Autonomie, so haben wir die wichtigsten Fragen aus der Lehre vom objektiven Recht erledigt, welche uns im Hinblick auf das BGB. interessieren. Objektives Recht nämlich, das will ich hier gleich einschalten, sind nach der Auffassung des BGB., das sich dafür der herrschenden Ansicht der Theoretiker vollkommen anschließt, nicht blos die Vorschriften des BGB. selber und die der älteren

Digitized by Google

Reichsgesetze, nicht blos ferner andere geschriebene Normen, wie die vorher erwähnten Partikulargesetze (einschließlich der Provinzialrechte, Stadtrechte u. dergl.), sondern ebenso gut die Autonomie und das Gewohnheitsrecht. Denn das BGB. oder vielmehr das EBGB. (Artikel 2) sagt in wörtlichem Einklange mit bekannten Paragraphen der Einführungsgesetze zu den Reichsjustizgesetzen:[1] „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm", wobei aber der Ausdruck „Gesetz" mittels denominatio a potiore für dasjenige angewendet worden ist, was die Theorie erweiternd als objektives Recht bezeichnet.

Des Gewohnheitsrechts[2] wird, wenn man von seiner indirekten Erwähnung in dem eben besprochenen Art. 2 des EBGB. absieht, vom BGB. und vom EBGB. nirgends gedacht. Nur einmal, soweit meine Beobachtung reicht, tritt das Gewohnheitsrecht unter einer besonderen Maske, nämlich als „Ortsüblichkeit" auf, in § 919 II, wo gesagt wird, daß, wenn die Landesgesetze über Art und Verfahren bei der Abmarkung von Nachbargrundstücken keine Vorschriften enthalten, die „Ortsüblichkeit" entscheidet. Auch diese Stelle wird indessen außer Betracht bleiben, wenn man die Ortsüblichkeit gleich der im BGB. sehr oft erwähnten und später (§ 8 S. 77 f.) genauer zu betrachtenden „Verkehrssitte" nicht als Gewohnheitsrecht im technisch-juristischen Sinne, sondern als „Usance", als „faktischen Gebrauch", als „thatsächliche Übung"[3] auffaßt.[4]

Wie dem aber auch sei, wir müssen zunächst mit dem Faktum rechnen, daß das BGB. und das EBGB. eine prinzipielle Erklärung über ihre Stellung zum Gewohnheitsrecht nicht abgeben, während die I. Lesung in § 2 ausdrücklich gesagt hatte: „Gewohn-

[1] Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung § 12, zur Strafprozeßordnung § 7, zur Konkursordnung § 2.

[2] Vgl. zum Nachstehenden auch Cosack § 10 S. 37 ff., Endemann § 12 S. 50 ff., Kuhlenbeck § 2 S. 9 ff. und Riedel § 4 S. 15 ff.

[3] So Riedel S. 16 f. Anders die Auffassung von Endemann S. 51.

[4] Vgl. dazu auch BGB. § 906 Satz 1: Der Grundstückseigentümer muß sich Zuführung von Gas, Dampf, Rauch u. dergl. gefallen lassen, wenn diese durch eine Benützung des Nachbargrundstücks herbeigeführt wird, „die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist".

Digitized by Google

heitsrechtliche Normen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist." Freilich war in der ganzen I. Lesung eine derartige Verweisung auf Gewohnheitsrecht nirgends erfolgt.[1]) — Die Konsequenzen, welche wir aus dem Stillschweigen des endgültigen Textes über das Gewohnheitsrecht ziehen müssen, gehen dahin, daß sich partikulares Gewohnheitsrecht gegenüber dem BGB. nicht ausbilden kann, weder contra noch praeter legem civilem imperii Germanici, weder mit derogierender noch mit ergänzender Wirkung. Denn die Reichsverfassung ordnet ja bekanntlich (in Art. 2) an, „daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen" und die der Gesetzgebung des Reiches unterliegenden Angelegenheiten, so also auch seit dem Gesetze vom 20. Dez. 1873 das gesammte bürgerliche Recht, sind der landesrechtlichen Kompetenz gänzlich entzogen. Höchstens soweit kann darum das partikulare Gewohnheitsrecht noch Bedeutung gewinnen, als eine der dem Landesrecht verbliebenen Domänen in Betracht kommt. So also z. B. im Gesinde- und Nachbarrecht, oder etwa im Mietsrecht bezüglich der Räumungsfristen (EBGB. Art. 93), nicht etwa bezüglich der Umzugstermine oder der Termine für Zahlung des Mietzinses oder für die Frage, ob statt der im BGB. (§ 551 I) vorgesehenen Postnumerationszahlung durch örtliches Gewohnheitsrecht die Pränumerationszahlung eingeführt werden kann. Daß in den dem Landesrecht überlassenen Angelegenheiten neben dem geschriebenen Gesetz auch das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle dienen darf, ergibt die erwähnte Bestimmung des EBGB. Art. 2, wonach Gesetz im Sinne des BGB. und des EBGB., also insbesondere z. B. im Sinne seines dritten Abschnittes jede Rechtsnorm, mithin auch Gewohnheitsrecht ist. — Doch in diesem Punkte können gerade die landrechtlichen Juristen sorglos sein; denn bekanntlich ist das Schreckgespenst des Gewohnheitsrechts, das durch seine Schemenhaftigkeit und Unfaßbarkeit sich der Verfolgung so leicht zu entziehen weiß, von den Redaktoren des

[1]) Vgl. Bekker, System und Sprache des Entwurfs (Heft 2 der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888) S. 23.

Digitized by Google

Landrechts fast gänzlich gebannt und in die enge Kammer der Provinzialrechte eingesperrt worden.[1]) — Darum bleibt nur noch die Möglichkeit von gewohnheitsrechtlichen Sätzen übrig, die sich für das ganze Reich ausbilden. Daß sich solche Sätze schon seit 1871 bezw. 1866 gebildet hätten, ist stark zu bezweifeln und jedesfalls schwer zu beweisen; aber selbst wenn derartiges Reichsgewohnheitsrecht zur Zeit besteht, wird es nach dem Grundsatze ‚lex posterior derogat legi priori' vom 1. Januar 1900 ab seine Gültigkeit verlieren, soweit es Punkte betrifft, deren Regelung das BGB. selber vorgenommen hat. Denn wie für das geschriebene Reichsgesetz gilt auch für ungeschriebene reichsrechtliche Normen zufolge EBGB. Art. 2 der Grundsatz des EBGB. Art. 32 (oben S. 37), daß sie außer Kraft treten, insoweit sich aus dem BGB. oder dem EBGB. die Aufhebung ergibt. — Daß nun gar reichsgewohnheitsrechtliche Sätze, sei es mit derogierendem, sei es mit ergänzendem Charakter, sich nach dem 1. Januar 1900 ausbilden und den Kriterien der longa consuetudo sowie der opinio necessitatis in den Augen des Richters wirklich genügen werden, ist erst recht unwahrscheinlich angesichts des großen Umfanges unseres Reiches und der verschiedenartigen Gestaltung der lokalen Bedürfnisse. Auch ist das Gewohnheitsrecht zwar eine dem Gesetzesrechte ebenbürtige Quelle (soweit nicht eben positive Normen, wie die der Einleitung zum ALR. diese Ebenbürtigkeit einschränken), aber es ist in einer Zeit, in welcher die Gesetzgebungsmaschine so eifrig und hastig arbeitet und in welcher die Seßhaftigkeit der Unterthanen so stetig abnimmt, das Gewohnheitsrecht doch nur als ein recht schwaches Bächlein zu betrachten, das, sobald in seiner Nähe der Gesetzgeber einen neuen breiten Kanal anlegt, von den aufgeschütteten Dämmen erdrückt oder in diesen Kanal abgeleitet und von seinen Fluten verschlungen werden würde.

Endlich die Autonomie als Rechtsquelle neben dem BGB.[2])

[1]) Vgl. Näheres im Publikationspatent vom 5. Februar 1794 sub VII und Einleitung zum ALR. §§ 3 und 4.

[2]) Vgl. insbes. Mot. Bd. I S. 10 ff.

Digitized by Google

Unter Autonomie ist bekanntlich die auch nach Außen wirksame private Normengebung innerhalb eines geschlossenen Personenkreises zu verstehen, namentlich die Normengebung des hohen Adels und die der öffentlich-rechtlichen Korporationen[1]) wie Provinz, Kreis, Gemeinde. Letztere haben die Befugnis zur autonomen Rechtssetzung — z. B. also die Gemeinde zum Erlaß von Gemeindestatuten — behalten, weil sich das BGB. um die öffentlich-rechtlichen Korporationen fast gar nicht[2]) kümmert. Aber auch die Autonomie des hohen Adels hat jede Bedeutung da verloren, wo das BGB. selber herrschen will, und sie nur da behalten, wo das EBGB. dem Partikularrecht Konzessionen macht, und ferner da, wo das EBGB., über den Rahmen dieser speziellen Konzessionen für die einzelnen Rechtsmaterien hinausgehend,[3]) gerade der Autonomie ganz besondere Gebiete der Rechtssetzung eingeräumt hat. Dies geschieht in EBGB. Art. 57 und 58[4]), welcher das sog. Privatfürstenrecht und die Hausverfassungen behandelt und diesen Rechtsquellen nach zwei Richtungen Weitergeltung gewährt. Die Hausverfassungen (und ebenso etwaige einschlägige Landesgesetze) behalten nämlich Gültigkeit: 1) Für die Landesherren und ihre Familienmitglieder, ferner für die Fürstliche Familie Hohenzollern und für die Familien der i. J. 1866 depossedierten Herrscher von Hannover, Kurhessen und Herzogtum Nassau. Wenn also diese Hausverfassungen die Großjährigkeit auf das vollendete 18. Lebensjahr festsetzen, so bleibt diese Vorschrift bestehen, obgleich das BGB. (§ 2) die Volljährigkeit mit Vollendung des 21. Lebensjahres eintreten läßt; ebenso etwaige Abweichungen von den Normen des BGB. über das Vormundschaftswesen, die Ehehindernisse, die Erbfolge u. s. w. 2) Für die im

[1]) Ueber diese vgl. Kuhlenbeck S. 12/13, sowie unten § 31 bei Betrachtung der Juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

[2]) Nur in BGB. § 89 und in einigen Artikeln des EBGB., z. B. Art. 85, 91, 100, 101, und auch hier immer nur für Einzelfragen.

[3]) Also über die Vorschriften des EBGB. (Abschnitt III) Art. 69—152 hinausgehend.

[4]) Zu EBGB. Art. 57 im besondern vgl. die Einführungsgesetze zum Gerichtsverfassungsgesetz (§ 5), zur Civilprozeßordnung (§ 5), zur Konkursordnung (§ 7), zur Strafprozeßordnung (§ 4).

Digitized by Google

Jahre 1806 mediatisierten Häuser (die bis dahin Reichsstandschaft hatten), also für den mittelbaren hohen Adel und desgleichen für den vormaligen Reichsadel und die diesen beiden Gruppen gleichgestellten Familien; aber für sie nicht im Gebiete des ganzen Privatrechts, wie bei den vorher erwähnten Häusern, sondern nur „bezüglich der Familienverhältnisse und der Güter", so daß also z. B. hier der frühere Eintritt der Großjährigkeit die Beschränkungen nicht beseitigt, welche das BGB. (§§ 107 ff.) für die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen kennt.

Mit unsern Erörterungen über die geschichtliche Entwickelung des BGB., über seine Struktur und die des EBGB. sowie über die Stellung beider Gesetze zu andern Rechtsnormen haben wir bereits einen sehr großen Teil desjenigen erledigt, was in den „Allgemeinsten" Teil unserer Darstellung gehört, den ich, wie Ihnen erinnerlich sein wird, voranschicken zu müssen glaube, bevor wir uns mit dem „Allgemeinen" Teil des BGB. beschäftigen können (vgl. oben S. 3). In diesen Allgemeinsten Teil unserer Betrachtungen gehört indessen vor allem noch ein Überblick über den Charakter des BGB. und seine Grundprinzipien, über seine Sprache, seine Behandlung des Stoffes u. dergl. mehr.

§ 8. Der Charakter des BGB.: Germanistische und soziale Färbung.

Es sind dies Punkte, welche m. E. der eingehendsten Untersuchung bedürfen, schlimmstenfalls auf Kosten der Details des Gesetzbuchs. Denn während letztere sich sehr leicht aus den betreffenden Kapiteln des BGB. entnehmen lassen, müssen die angedeuteten allgemeinen Fragen aus dem ganzen BGB. zusammengesucht werden, oft unter Gegenüberstellung heterogenster Materien und räumlich von einander sehr weit getrennten Paragraphen. Dabei sind aber diese Angelegenheiten für das Verständnis und Studium des neuen Gesetzes von so grundlegender Bedeutung, daß nur sie uns den Schlüssel für viele Einzelbestimmungen in die Hand geben, wodurch dann freilich der Gewinn für uns eintritt, daß wir später die Darstellung solcher Details abkürzen können. Schließlich wird

Digitized by Google

es doch bei unserer Entdeckungsfahrt in das Meer von neuen Paragraphen wichtiger sein, zu wissen, welchen Kurs unser Schiff einschlägt, als mit welchem Ballast es beladen ist! Und da werden wir dann leicht zu der Erkenntnis gelangen, daß es auch für den Gesetzgeber selber ganz neue Bahnen gewesen sind, die er wählte, und daß auch er in Gebiete gelangt ist, welche die bisherige Civilgesetzgebung noch niemals zu betreten gewagt hatte, aus denen der Gesetzgeber aber zurückgekehrt ist mit Erfolgen gekrönt, die seinen Wagemut aufs reichste belohnt haben.

Der ersten Lesung wurde mit mehr oder weniger Recht der Vorwurf gemacht, daß sie zu romanistisch sei[1]). Dieser Vorwurf wäre gegenüber der endgültigen Fassung jedesfalls nicht mehr angebracht.[2]) Zwar ist die Schale d. h. die Struktur und Einteilung und die ganze Technik des Gesetzbuchs[3]) noch ziemlich römisch geblieben, der Kern dagegen d. h. der materielle Inhalt der Rechtssätze ist im wesentlichen deutsch. — Daß die Einteilung des BGB. sich an die hergebrachte Disposition der Pandektenlehrbücher anlehnt, habe ich schon (S. 5) erwähnt, zugleich aber, daß die nämliche Einteilung auch bereits von den deutschrechtlichen Lehrbüchern Besitz ergriffen hatte und Besitz ergreifen mußte, weil sie durchaus natürlich ist.[4]) Und wenn die begrifflichen Kategorien romanistisch erscheinen, so ist dieser Romanismus auch oft eben nur ein scheinbarer; denn in Wahrheit liegen entweder allgemeine Rechtsbegriffe

---

[1]) Vgl. die Zusammenstellung der diesbezüglichen Vorwürfe in den „Gutachtlichen Aeußerungen" Bd. I S. 2—6, Bd. VI S. 2–4.

[2]) Vgl. bereits zur zweiten Lesung die Bemerkungen von Sohm in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausg. von Rassow und Küntzel, Bd. 39, Berlin 1896, S. 742 ff. und von Gierke, Das Bürgerliche Gesetzbuch und der deutsche Reichstag, 2. Aufl., Berlin 1896, S. 24 ff.

[3]) Vgl. z. B. den § 984 des BGB., dessen Definition des Schatzfundes („eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist") eine fast wörtliche Uebersetzung der l. 31 § 1 Dig. de adquirendo dominio 41, 5 ist (thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat).

[4]) Die eigentlich römische Einteilung ist bekanntlich die des Gaius bezw. der Institutionen in das ius, welches ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones (Gai. I § 8 und § 12 J. de jure naturali I, 2).

Digitized by Google

vor, die sich überall und daher auch in den Pandektenlehrbüchern und im Corpus Juris Civilis finden, oder Ergebnisse der im Gebiete des Civilrechts doch wesentlich romanistisch geschulten juristischen Doktrin. — Dabei hat man veraltete Anschauungen, welche in die I. Lesung übernommen waren, weil sie eben vom Glorienschein des römischen Rechts umflossen waren, jetzt ausgemerzt. So kennt bekanntlich die endgültige Fassung des Gesetzbuches nicht mehr den Satz „Kauf bricht Miete" (I. Entwurf § 508 f.), sondern den Satz „Kauf bricht nicht Miete" (BGB. § 571); der Mieter ist also nicht mehr dem Kündigungsrecht des neuen Hauseigentümers ausgesetzt, dieser wird vielmehr gezwungen, den Vertrag des Mieters mit den früheren Hauswirten zu respektieren, mag ihm das auch noch so unbequem sein, z. B. weil er gerade diese Wohnung selbst beziehen oder das ganze Haus abbrechen und in einen neuen Prachtbau verwandeln will.

Deutschrechtlich sind aber nicht blos einzelne Bestimmungen des BGB., sondern ganze große Rechtsinstitute und darum ganze Abschnitte im Gesetzestexte selber. Dem germanischen Rechte schließt sich z. B.[1]) das eheliche Güterrecht an, das nicht etwa vom Dotalsystem, sondern vom Illatensystem sein Gepräge erhalten hat; ferner das Verhältnis der Ehegatten zu einander, welche ein gesetzliches Erbrecht und einen Pflichtteilsanspruch selbst dann haben, wenn es sich nicht um eine bedürftige Witwe handelt, und das Verhältnis von Eltern und Kindern mit dem germanistischen Charakter der väterlichen Gewalt. Deutsch ist vor allem auch das Erbrecht, da es vom Begriffe der gesetzlichen Succession ausgeht (Buch V Abschnitt I, insbesondere §§ 1924 ff.) und die testamentarische in den Hintergrund stellt (Buch V Abschnitt III §§ 2064 ff.), da es als Delationsgrund auch den Erbvertrag kennt (Buch V Abschnitt IV §§ 2274 ff.), da es ferner als Intestaterbrecht dem Parentelensystem, nicht dem im römischen Erbrecht vorherrschenden Gradualsystem folgt, da es

[1]) Beispiele — zum Teil identisch mit den im Text genannten — vgl. auch bei Cosack S. 28, Planck S. 18 ff., Endemann und Gareis, Einführung S. 147, 296, 298, 356, 358, 361, 375 a. E.

Digitized by Google

den Anfall der Erbschaft ipso jure ohne Additionserklärung erfolgen und da es endlich die Beziehungen der Miterben zu einander als Gesamthandverhältnis nach deutschem Muster erscheinen läßt. Deutschrechtlich ist insbesondere aber auch das Sachenrecht, namentlich hinsichtlich der Immobilien und der scharfen Unterscheidung zwischen ihnen und den Mobilien[1]) sowie hinsichtlich der Immobiliarrechte, und deutsch oder doch wenigstens unrömisch ist auch der allgemeine Teil des Gesetzbuchs und der allgemeine Teil des Obligationenrechtes, soweit sie sich an handelsrechtliche Vorbilder anschließen.

Ausgesprochen romanistisch ist eigentlich kein größerer Abschnitt des Bürgerlichen Gesetzbuchs mehr, sondern nur innerhalb anderer größerer deutschrechtlicher Kapitel das eine oder das andere Detail: so im Erbrecht das Testamentswesen[2]) und insbesondere die Lehre von den Vermächtnissen, wobei dann aber wiederum in dem romanistischen Gesamtbilde des testamentarischen Erbrechts eine germanistische Figur auftritt, der Testamentsvollstrecker, welcher ein legitimer Sproß des altdeutschen Salmanns ist. Auch sonst begegnen derartige Mischungen von deutschem und römischem Recht; so, indem beim Kaufe die Gewährleistung zwar auf römischrechtlicher Basis aufgebaut, die Gewährleistung wegen der Viehmängel aber deutschrechtlicher Natur ist.[3]) — Auch der Besitzschutz zeigt zwar mehr römische als deutsche Physiognomie, doch schimmert z. B. in § 859 II der Begriff der „handhaften That" hindurch.

Deshalb darf man den Streit der germanistischen und der romanistischen Doktrin um das Bürgerliche Gesetzbuch nicht etwa

[1]) Vgl. die genauere Ausführung unten § 42 (Anhang zu Buch I Abschnitt II) und einstweilen bereits die Disposition, welche das dritte Buch des BGB. aufweist (insbes. Abschn. II, ferner Abschn. III Tit. II und III, ferner Abschn. VIII und IX).

[2]) Dies ist aber wiederum (vgl. unten S. 58 Anm.) mit der französischrechtlichen Idee des holographischen Testamentes verquickt, und im einzelnen lassen sich auch viele deutschrechtliche Gedanken beobachten; abgesehen von der Zulassung des Testamentsvollstreckers (BGB. §§ 2197 ff., vgl. oben) vgl. die Einzelheiten zu BGB. § 2231 Nr. 1 in §§ 2232 ff.

[3]) Ein charakteristisches Beispiel ist § 1744, der für die Adoption verlangt, daß die Annehmende mindestens 50 Jahre alt ist (vgl. ALR. II, 2 § 668) und mindestens 18 Jahre (plena pubertate id est decem et octo annis, § 4 J. de adoptionibus I, 11) älter als das Adoptivkind.

Digitized by Google

durch ein salomonisches Urteil dahin schlichten, daß das Kind in zwei Hälften zu zerschneiden und den Romanisten der allgemeine Teil und das Recht der Schuldverhältnisse, den Germanisten dagegen das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht auszuliefern sei; es muß vielmehr die germanistische Rechtsanschauung als die wahre Mutter des Kindes betrachtet werden und die romanistische Rechtsanschauung darf nur behaupten, daß sie dem Kinde als Amme gedient und seinen Organismus daher auch mit ihrer Milch getränkt habe.

Denn das lehrt die vorher gegebene Übersicht doch zur Evidenz: in dem Kampfe des Romanismus und des Germanismus um die neue Beute ist der Löwenanteil dem Germanismus zugefallen, und im ganzen haben wir einen Sieg des Germanentums über das Romanentum zu verzeichnen, ähnlich dem Siege, welchen Chlodovech und seine Frankenschaar i. J. 486 bei Soissons über den Römer Syagrius davontrug; ähnlich namentlich in den Gründen und den Wirkungen: denn dort wie hier hat man es mehr mit einer Rückeroberung des für das Germanentum verloren gegangenen Gebietes zu thun, als mit einem erstmaligen Sturze des Römertums; bildet doch das Bürgerliche Gesetzbuch eine Reaktion gegen die Reception und bedeutete doch Chlodovechs Kampf gegen Syagrius eine neue Besitzergreifung des den Germanenvölkern von Cäsar entrissenen Galliens. Und wennschon man beide Male sich nicht mehr länger auf urgermanischem Boden den Errungenschaften einer fremden Kulturwelt und fremder Kulturanschauungen unterwerfen wollte, so wurden diese doch nicht mit Stumpf und Stil ausgetilgt. Vielmehr war das Ergebnis eine Verquickung und Durchdringung beider Elemente, indem der naivere Germanismus sich nicht scheute, bei dem verfeinerten Romanismus als dem erprobten Lehrmeister der Kultur in die Schule zu gehen.

Entspricht somit das Bürgerliche Gesetzbuch wegen seiner mehr germanischen Färbung[1]) besser als der I. Entwurf dem, was

[1]) Nicht immer übrigens ist die Anlehnung an das deutsche Recht eine direkte, sondern bisweilen erscheint das Handelsgesetzbuch als die ver-

Digitized by Google

eine civilrechtliche Kodifikation für Deutschland bieten mußte, so entspricht es auch in anderer Hinsicht diesem Postulate, nämlich in der besseren Berücksichtigung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse unserer Zeit. Es wird wohl über jede Kodifikation das Schicksal verhängt sein, daß sie hinter dem Ideale eines Rechtszustandes zurückbleibt: vollkommen den Niederschlag des augenblicklichen Kulturzustandes zu bieten oder gar in prophetischer Weise die künftige Rechtsentwicklung vorzuahnen; aber jedesfalls ist das BGB. diesem Schicksale nicht in allzu empfindlichem Maße anheimgefallen und himmelhoch steht es über dem I. Entwurfe.[1])

Ein Beispiel, das ich gerade deshalb heranziehe, weil es bekannt ist, bildet der bereits (S. 8 und 55) erwähnte Satz „Kauf bricht nicht Miete".[2]) Wäre der gegenteilige Satz des römischen Rechts erhalten geblieben, so würde das gleichbedeutend gewesen sein mit einem Anachronismus ärgster Art. In Rom und Italien hat es Mietswohnungen nur in verhältnismäßig geringer Zahl gegeben; denn derjenige Teil der Einwohner, welcher nicht sein eigenes Grundstück besaß, bestand wiederum der Hauptzahl nach aus Sklaven, die auf des Herrn Besitztum untergebracht wurden und als völlig rechtlose Wesen, als Stiefkinder der Gesetzgebung, auch für die locatio conductio nicht interessierten[3]); naturgemäß stellte sich nun der

---

bindende Brücke; so wenn in BGB. §§ 932 ff., 1207 f., die das BGB. aus HGB. (alte Fassung) Art. 306 ff. übernommen hat, der Satz „Hand wahre Hand" zum Durchbruch kommt. Uebrigens ist zu konstatieren, daß das BGB. auch andern Rechtssystemen als dem deutschen und dem römischen Konzessionen macht, so betreffs des privatschriftlichen Testamentes (BGB. § 2231 Nr. 2) dem Code civil (art 969 f.) und diesem gleichfalls betreffs der Haftung für das Verschulden des Gehilfen (BGB. § 278 und § 831, vgl. Code civil art. 1384). Was die deutschen Partikularrechte außer dem ALR. betrifft, so ist z. B. dem sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1710) die sechsmonatliche Frist für Anfechtung der neuen Ehe nach Rückkehr des für tot erklärten ersten Ehegatten (BGB. § 1350 I Satz 2) entnommen, dem Bayerischen Ausführungsgesetze (vom 23. Februar 1879) zur CPO. (Art. 17) die Bestimmung des BGB. § 132 II.

[1]) Zur II. Lesung vgl. Sohm a. a. O. S. 747 ff.

[2]) Vgl. eingehend die Denkschrift (oben S. 15 Anm. 2) S. 114 ff.

[3]) Vgl. mein oben S. 4 Anm. 1 citiertes Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts § 3 S. 21 (S. 17 Anm. 1) sowie meinen Vortrag über die Entwickelung und die Grundlagen der Arbeiterversicherung im Deutschen

Digitized by Google

Gesetzgeber auf die Seite der Mehrheit und schenkte dem Ausnahmezustande, daß jemand zur Miete wohnte, geringe Beachtung, während die moderne Auffassung — und so jetzt auch das BGG. — von der Thatsache ausgeht, daß die breite Masse der Unterthanen zur Miete, die Minderheit im eigenen Hause wohnt.

Das römische Recht — und demzufolge sein Spiegelbild, der I. Entwurf[1]) — war überhaupt ein Recht für die Reichen, für die beati possidentes; das jetzige Gesetzbuch dagegen protegiert in sehr ostentativer Weise die Armen, den im wirtschaftlichen „Kampf ums Dasein" schwächeren Teil der Bevölkerung. So ist denn die Grundauffassung des BGB. sozial richtiger, der Gegenwart konformer, als die der I. Lesung. Mit einer großen Reihe von Beispielen, die zum Teil auch Fortschritte gegenüber dem deutschen und preußischen Privatrechte bedeuten, läßt sich das belegen.[2]) Zunächst ist es auch hier das Mietsrecht, welches abgesehen von dem Satze „Kauf bricht nicht Miete" wichtige Neuerungen — wenigstens im Vergleiche zum gemeinen Recht — bietet. So die Vorschrift, daß im Falle des Hausverkaufes der alte Mieter sich nicht nur, wie wir sahen, an den

---

Reiche (Sonderabdruck aus der Zeitschrift „die Invaliditäts- und Altersversicherung im Deutschen Reiche" Jahrg. V Nr. 1—4, Mainz 1895, S. 9 f.) und zu dem ganzen angedeuteten Thema jetzt auch W. Endemann, Die rechtliche Behandlung der Arbeit (in Hildebrands Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, herausg. von Conrad, Elster, Lexis und Loening, 3 Folge Bd. 12, Jena 1896, S. 641 ff.) insbes. S. 643 ff., sowie Pfaff, Ueber den rechtlichen Schutz der wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung (Heft 3 der sozialpolitischen Forschungen, herausg. von Bauer und Hartmann als Ergänzungshefte zur Zeitschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte), Weimar 1897.

[1]) Ueber die Vorwürfe, welche in dieser Hinsicht mit Recht dem I. Entwurf gemacht wurden, vgl. die Gutachtlichen Aeußerungen Bd. I S. 6 bis 12, Bd. VI S. 4 bis 7 und auch Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97) Lieferung 1 (Mannheim 1897) S. 19 ff. Ferner insbesondere Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (in Brauns Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Jahrgang II, Tübingen 1889, S. 1 ff., 419 ff., Jahrgang III, 1890, S. 57 ff.) und Fuld, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Sozialpolitik (in Gruchots Beiträgen — vgl. oben S. 54 Anm. 2 — Bd. 35, Berlin 1891, S. 635 ff.).

[2]) Vgl. zu einem Teile dieser Beispiele auch Planck S. 18 ff., Endemann und Gareis S. 8/9, 110, 114, 129 f., 137/138, 153, 239 Anm. 92, Gierke a. a. O. S. 46 ff.

Digitized by Google

neuen Käufer halten kann, weil dieser in die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten des Verkäufers eintritt, sondern daß dem Mieter auch der Verkäufer, sein ursprünglicher Hauswirt, weiter verhaftet ist,[1]) indem er für die Verpflichtungen des (möglichenfalls doch zahlungsunfähigen oder -unwilligen) Verkäufers wie ein Bürge aufkommen muß, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (BGB. § 571 II).[2]) Es haften also z. B. für den Schaden, den die Möbel des Mieters durch Hausschwamm erleiden, auf den der Vermieter ihn nicht aufmerksam gemacht hatte, dem Mieter zwei Personen, der alte und der neue Hauswirt. — Sodann darf der Mieter auch ohne Einhaltung der sonstigen Kündigungsfrist kündigen, wenn die Wohnung gesundheitsgefährlich ist, und zwar selbst dann, wenn die Gesundheitsgefährlichkeit schon bei Abschluß des Mietsvertrages vorlag und dem Mieter bekannt war, oder wenn gar, wie dies unter dem Drucke eines Wohnungsmangels leicht denkbar ist, der Mieter auf Geltendmachung der Gesundheitsgefährlichkeit verzichtet hatte (§ 544).[3]) — Desgleichen kann der Mieter jederzeit kündigen, wenn der Vermieter ihm in chikanöser Weise die Erlaubnis zur Aftervermietung verweigert (§ 549 I Satz 2).[4]) — Was die Entrichtung des Mietzinses betrifft, so bildet Postnumerationszahlung die gesetzliche Vorschrift (§ 551 I)[5]), die freilich durch den Mietsvertrag in Pränumerationszahlung verwandelt werden kann, und der vierteljahresweise zahlbare Zins für ein gemietetes Grundstück ist erst am ersten Werktage[6]) des neuen Quartals zu entrichten (§ 551 II), also wenn der Mieter sein Gehalt oder seinen Lohn abgehoben oder seine Kapitalszinsen erhalten hat. — Dagegen, daß der Mieter mit seinen Sachen ausrückt, hat zwar der

[1]) So schon ALR. I, 21 § 383.

[2]) Diese Nuance ist dem ALR. fremd.

[3]) ALR. I, 21 § 384 handelt nur von dem Falle, daß die Mietssache zu dem bestimmten Gebrauche ganz oder doch größtenteils untüchtig geworden ist.

[4]) Diese Bestimmung entspricht der Vorschrift des ALR. I, 21 §§ 309 bis 312.

[5]) Aus ALR. I, 21 § 297 geht dies nicht mit absoluter Bestimmtheit hervor.

[6]) Diese, dem HGB. Art. 329 und der CPO. § 200 II konforme Vorschrift ist eine Neuerung auch für das landrechtliche Gebiet.

Digitized by Google

Vermieter ein bei anderer Gelegenheit (unten S. 76) genauer darzustellendes Widerspruchsrecht, aber diesem Widerspruchsrecht ist eine erhebliche Schranke zu Gunsten des Mieters gesetzt; es darf nämlich nicht ausgeübt werden: erstens wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen,[1]) sein Protest also offenbar aus Chikane entspringt, und zweitens,[2]) wenn die Fortschaffung im regelmäßigen Betriebe des Geschäftes des Mieters erfolgt, der eben seine Pianinos oder Holzpantoffeln in den Handel bringt, oder (und das ist im landrechtlichen Gebiete eine Neuerung) wenn die Fortschaffung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen des Mieters entspricht, der die Betten und silbernen Löffel in seine Sommerfrische oder seinen kostbaren Pelz auf die Geschäftsreise mitnehmen muß (§§ 560 f., vergl. auch § 562 f.). — Auch außerhalb des Mietsrechts begegnen Beispiele für den gesetzlichen Schutz der wirtschaftlich Schwächeren zahlreich: insbesondere aus dem Titel Dienstvertrag,[3]) dessen einschlägige Bestimmungen, wie wir schon in anderem Zusammenhange (oben S. 35) gesehen haben, von EBGB. Art. 95 II auch auf den Gesindedienst erstreckt worden sind, obwohl dieser im allgemeinen der partikularrechtlichen Normierung freigelassen worden ist. Von diesen Beispielen aus der Lehre vom Dienstvertrag habe ich das eine bereits früher (oben S. 46) erwähnt. Ich meine damit BGB. Art. 618, welcher bestimmt, daß der Dienstberechtigte die Arbeitsräume, Arbeitsvorrichtungen und Gerätschaften den Anforderungen der Hygieine und des Schutzes für das Leben des Dienstpflichtigen anpassen muß, und desgleichen, wenn dieser bei ihm wohnt, daß die Wohn- und Schlafräume sowie die Arbeits- und Erholungszeit den Rücksichten auf Gesundheit, Sittlichkeit und Religion des Dienstpflichtigen entsprechen müssen. Dazu tritt (§ 617) eine intensive Fürsorgepflicht des Prinzipals bei Erkrankung des Dienstpflichtigen. Wenn dieser nämlich

[1]) Ungefähr denselben Inhalt hatte bereits ALR. I, 20 §§ 550 f.

[2]) Dieser Fall war auch dem ALR. unbekannt und selbst die Pfändungsprivilegien der CPO. § 715 greifen hier nicht Platz.

[3]) Vgl. zu BGB. Buch II Abschnitt VII Tit. 6 (§§ 611 ff.) auch W. Endemann a. a. O. S. 698 ff.

Digitized by Google

in die häusliche Gemeinschaft des Prinzipals aufgenommen ist, so muß letzterer die Verpflegung und ärztliche Behandlung für sechs Wochen beschaffen (wenn er will, allerdings blos so, daß er für Aufnahme des Kranken in ein Krankenhaus sorgt, ferner unter Anrechnung der Kosten auf das Honorar des Dienstpflichtigen und unter gänzlichem Fortfall der Fürsorgepflicht, wenn dieser schon seitens einer Versicherungsgesellschaft oder Krankenkasse genügt wird). Auch sonst, wenn der Dienstpflichtige nicht in der häuslichen Gemeinschaft des Prinzipals lebt, garantiert ihm der Gesetzgeber, daß nicht eine unverschuldete kürzere Unterbrechung seiner Dienstleistungen (z. B. eine Krankheit oder eine Reise ans Sterbebett des Vaters) ihn in Form eines Gehaltsverlustes in Ungelegenheiten stürzt (nur muß er auch hier sich eventuell eine Kürzung der Vergütung um die Leistungen der Krankenkasse oder Berufsgenossenschaft gefallen lassen). — Während die bisher erwähnten Normen sich auf Dienstpflichtige aller Art vom Prinzenerzieher bis zum Stallknecht, von der Repräsentantin bis zur Magd beziehen, enthält dann noch § 622 eine Sondernorm für die zu Diensten höherer Art Angestellten, wie Lehrer, Erzieher, Privatbeamte, Gesellschafterinnen; ihnen kann nämlich nur zum Quartalsschlusse und nur mit sechswöchentlicher Kündigung gekündigt werden, selbst wenn das Honorar monats- oder wochweise gezahlt wird.[1])

Ins Obligationenrecht gehören dann noch einige Vorschriften aus der Lehre von den unerlaubten Handlungen und von den Zustandsobligationen, welche recht deutlich den Schutz der wirtschaftlich Schwachen bezwecken. So[2]) der Anspruch, welchen das Gesetz (§ 829) aus Billigkeitsrücksichten gegen den Urheber einer Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung, Sachbeschädigung u. s. w. (§§ 823 bis 826) gewährt, obwohl dieser Thäter (nach § 827 f.) wegen jugendlichen Alters oder Geistesstörung u. dergl. an sich verantwortungsfrei ist. Wenn dann nämlich der Schadensersatz nicht von

[1]) Im wesentlichen ebenso zwar ALR. II, 5 § 195; dagegen enthält obige Vorschrift einen erheblichen Fortschritt gegenüber der locatio conductio operarum des gemeinen Rechts.

[2]) Vgl. auch BGB. § 824 I, § 830 I Satz 2.

Digitized by Google

einem Dritten erlangt werden kann, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, so kann sich der Beschädigte an den Thäter selber halten trotz dessen prinzipieller Haftungsfreiheit, falls nämlich die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung erfordert. Demnach ist z. B. das jugendliche Alter kein Entschuldigungsgrund, wenn der sechsjährige Bankierssohn seinem Spielkameraden aus dem Proletarierstande ein Auge ausschoß. — Ferner hat (§ 825) eine Frauensperson Anspruch auf Ersatz des ihr durch außerehelichen Beischlaf verursachten Schadens, also z. B. auf Schadloshaltung wegen des Verlustes ihrer Stelle, und überhaupt auch mangels eines positiven Vermögensschadens Anspruch auf Geldentschädigung (§ 847 Abs. II), sofern sie zum Beischlafe bestimmt worden war durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses. Bis zu dem von den Frauenrechtlerinnen postulierten Schutze gegen die Folgen eigenen Leichtsinnes hat der Gesetzgeber diese Ansprüche des schwächeren Geschlechts allerdings gottlob nicht ausgedehnt oder doch nur, insoweit der außereheliche Beischlaf zur Entbindung geführt hat. Denn in diesem Falle geht das BGB. ein ganzes Stück über die Grenzen hinaus, welche das bekannte preußische Gesetz vom 24. April 1854 gezogen hatte. Zwar darf auch nach dem BGB. (§ 1715) die außereheliche Mutter nur die Kosten der Entbindung und die Kosten des Unterhalts für die ersten sechs Wochen liquidieren, aber die Einreden der Bescholtenheit, des Geldempfanges u. s. w. dürfen nicht mehr entgegengesetzt werden (§ 9 Ziff. 2a—e jenes Gesetzes) und die Klage verjährt nicht schon (§ 10 jenes Gesetzes) in zwei, sondern erst in vier Jahren; die Verjährungsfrist beginnt ferner erst sechs Wochen nach der Entbindung zu laufen und die Mutter hat einen Anspruch auf Sicherstellung des Betrages, den sie schon vor der Entbindung geltend machen kann und für welchen es zwar einer einstweiligen Verfügung des Richters bedarf, aber keineswegs einer Glaubhaftmachung der Anspruchsgefährdung (§ 1716 I Satz 2, II). — Wesentlich gestiegen sind im Vergleiche zu jenem Preußischen Gesetze und zum Allgemeinen Landrecht

Digitized by Google

(§§ 612 ff. II, 2) auch die Ansprüche des unehelichen Kindes selber (§§ 1708 bis 1714, § 1716).[1]) Auch diese Ansprüche sind (auf Verlangen der Mutter) in der angedeuteten Weise durch einstweilige Verfügung sicher zu stellen und zwar für die ersten drei Monate. Zwar dehnt auch das Preußische Recht die Ansprüche des Kindes bereits über den bloßen Lebensunterhalt auf die Erziehungskosten und die Kosten der Ausbildung zu einem Berufe aus und im Falle körperlicher oder geistiger Gebrechen des Kindes schlimmstenfalls bis an sein Lebensende, aber im übrigen reichen sie jetzt nicht blos bis zum vollendeten 14., sondern bis zum vollendeten 16. Lebensjahre und richten sich nicht blos nach den Bedürfnissen der Kinder aus dem Bauern- und gemeinen Bürgerstande (ALR. II, 2 § 626), sondern nach der Lebensstellung der Mutter; darum müßte der Regierungsrat in Sudermanns „Heimat" für Magdas Kind recht erhebliche Zahlungen leisten, weil Magda als gefeierte Bühnenkünstlerin sich einer sehr angenehmen pekuniären und gesellschaftlichen Position erfreut.[2]) Auch daß dem Alimentationsanspruche des Kindes mittels Pränumerationszahlung der Geldrente für drei Monate zu genügen ist und daß eine größere Vorauszahlung des Vaters, welche vielleicht von der Mutter oder den Pflegeeltern vor Eintritt des neuen Zahlungstermins verbraucht worden ist, einen abermaligen Anspruch des Kindes nicht hindert, ist eine sozialpolitisch sehr bedeutsame Neuerung.

Ins Familienrecht, dem nämlich das BGB. die Ansprüche wegen außerehelicher Entbindung einreiht, gehören auch die Grundsätze über die Alimentationspflicht, welche bei Ehescheidung dem für allein schuldig erklärten Teile obliegt und bei denen auf die pekuniäre Lage des Alimentationspflichtigen eine meines Erachtens allzu weitgehende Rücksicht genommen wird[3]) (§§ 1578, 1579);

[1]) Vgl. sehr ausführlich die Motive Bd. IV S. 864 ff., Kommissionsprotokolle S. 670 ff. und Reichstagskommissionsbericht (Stenogr. Berichte 1895/97 Anlageband III, 1896, Nr. 440b) S. 2084 ff., auch Planck S. 20. Den Schutz von Alimentationsansprüchen überhaupt betreffen z. B. § 679, EBGB. Art. 42 § 3 II. Zur I. Lesung insbes. auch Menger a. a. O. Bd. II S. 39 ff.

[2]) Sofern nach § 1708 I eine Verbesserung der Lebensstellung der Mutter auch zu Gunsten des Kindes einwirkt.

[3]) Aehnlich freilich bereits ALR. II, 1 §§ 798 ff.

Digitized by Google

ferner die Schutzmaßregeln, welche dem Vormundschaftsgericht zustehen, nicht blos zu Gunsten eines Mündels, sondern in einer dem älteren Rechte gänzlich unbekannten Weise auch zu Gunsten eines Kindes, das noch unter der Gewalt der Eltern steht (vgl. §§ 1642 ff., 1665 ff., 1687 ff.).

Eine Reihe anderer Maßregeln zum Schutze der wirtschaftschaftlich Schwachen ist im Sachenrecht enthalten. So[1]) die Ausdehnung des Schutzes gegen verbotene Eigenmacht auch auf den blos mittelbaren Besitzer (§ 869 Satz 1) wie Pfandgläubiger, Mieter, Verwahrer (§ 868), der gleichfalls auf Wiedereinräumung des Besitzes oder auf Beseitigung der Besitzstörung und Unterlassung neuer Besitzstörungen aus eigenem Rechte klagen darf. Ferner die Vorschrift, daß Grundstücksveräußerungen gerichtlich oder notariell erfolgen müssen (§ 873 II; vgl. § 313 Satz 1), eine Vorschrift, welche auf Schutz gegen „Wirtshausgeschäfte" abzielt.[2])

In den allgemeinen Teil des Obligationenrechts[3]) gehört die Herabsetzung des gesetzlichen Zinsfußes (z. B. für Verzugszinsen, § 288 I Satz 1) auf 4 Prozent (§ 246) und die den Wuchergesetzen nachgebildete sechsmonatliche Kündigungsfrist, wenn der Schuldner mehr als 6 Prozent versprochen hat (§§ 246 f.), sowie die Zinslosigkeit der Verzugszinsen (§ 289); ferner die Befugnis des Richters, eine unverhältnismäßig hohe Konventionalstrafe auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabzusetzen (§ 343);[4]) sodann die Gleichstellung der subjektiven, unverschuldeten Unmöglichkeit der Vertragserfüllung mit der objektiven Unmöglichkeit (§ 275 II) sowie das Wahlrecht, welches bei Personen- oder

[1]) Vgl. auch BGB. § 904.

[2]) Vgl. Kommissionsbericht (Stenographische Berichte 1895/97, Anlageband III, 1896, Nr. 440) S. 1965 und auch Mot. Bd. III S. 175.

[3]) Vgl. auch EBGB. Art. 42 §§ 3 und 3a, wonach auch Erhöhung des Ausgabenbudgets in den Fällen des Haftpflichtgesetzes zu berücksichtigen ist, und ebenda § 7, wonach die Entschädigung fortab prinzipiell in Rente, nicht mehr eventuell auch in Kapital erfolgen soll. Ueber die Vorzüge der Entschädigung in Rente vgl. mein Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts § 10 S. 50 sub III.

[4]) Nach ALR. I, 5 § 301 darf die Konventionalstrafe ruhig das Duplum des Interesses erreichen, bevor sie dem richterlichen Ermäßigungsrechte ausgesetzt ist.

Digitized by Google

Sachbeschädigung dem Beschädigten zwischen Wiederherstellung des früheren Zustandes und Geldentschädigung zusteht (§ 249) und welches umgekehrt auch dem Schuldner gebührt (§ 251 II), wenn die Wiederherstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist.

Überhaupt ist das BGB. dem überflüssigen Kostenaufwande[1]) und sonst unverhältnismäßigen Anstrengungen abhold. So fällt bei geringfügigen Angelegenheiten die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides wegen möglichenfalls unsorgfältigen Rechenschaftsberichtes über eine Vermögensverwaltung fort (§ 259 III; vgl. §§ 260 III, 2028 III); bei der Gewährleistung wegen Mangels der verkauften Sache bleibt unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit außer Betracht (§ 459 I Satz 2); der Mieter darf, wenn eine unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs der Mietsache vorliegt, nur im Falle eines besonderen Interesses an dem Gebrauche kündigen (§ 542 II);[2]) der Grundstückskäufer darf nur dann den Mangel der zugesicherten Größe des Grundstücks geltend machen, wenn diese Differenz so erheblich ist, daß er fortab kein Interesse an der Vertragserfüllung hat (§ 468 Satz 2); der Unternehmer eines Werkes darf die Beseitigung eines Fehlers verweigern, wenn dazu ein unverhältnismäßiger Aufwand nötig wäre (§ 633 II Satz 2), und vor allem darf bei sämtlichen bilateralen Verträgen (also namentlich bei Kauf und Miete, Dienst- und Werkvertrag) der eine Teil seine Leistung nicht verweigern, weil der andere Teil in verhältnismäßig geringfügigem Maße mit seiner Gegenleistung in Rückstand geblieben ist (§ 320 II).

Diese Vorschriften sind nahe verwandt mit dem Chikaneverbot des § 226,[3]) ja geradezu als Musterbeispiele dafür zu be-

[1]) Vgl. auch §§ 1308 II Satz 1, 2200 II.

[2]) Nach ALR. I, 21 § 383 kann er, wenn die Sache gänzlich oder größtenteils untüchtig wurde, jedesfalls kündigen, auch ohne besonderes Interesse.

[3]) Zu diesem § 226 und insbesondere auch zu seiner Entstehungsgeschichte vgl. Endemann S. 357 ff., Hachenburg S. 13. Durch den allgemeineren § 226 ist die speziellere, auf chikanöse Ausübung des Eigentums gerichtete Vorschrift des § 887 II der II. Lesung (vgl. Endemann und Gareis S. 217) verdrängt worden.

Digitized by Google

trachten. Dieser ungemein wichtige § 226 lautet: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen." Für den ersten und zweiten Entwurf abgelehnt, ist dies Verbot erst — auf Antrag der Reichstagskommission — bei der letzten Lesung aufgenommen worden. Es ersetzt bis zum gewissen Grade die exceptio doli generalis und wird der Praxis insofern manche Nuß zu knacken geben, als es auf Grund seiner sehr allgemeinen Fassung leicht zu einer mißbräuchlichen Ausdehnung führen könnte, welche eine Parallele mit dem groben Unfug und dem dolus eventualis nahelegen würde.

Aber auch an Detailvorschriften fehlt es nicht im BGB., welche mit dem Chikaneverbot und unter einander durch den Gedanken verbunden sind, daß niemand zu Ungunsten eines andern gleich Shylok auf seinem Scheine stehen und sich auf eine Rechtsregel oder einen Rechtsanspruch berufen dürfe, deren starre Durchführung im konkreten Falle dem Gegner übertriebene Ungelegenheiten bereiten würde. So darf der Grundstückseigentümer, auf dessen Grundstück eine Grunddienstbarkeit (etwa ein Wegerecht oder eine Weidegerechtigkeit) lastet, beanspruchen, daß der Berechtigte — natürlich auf Kosten des Grundstückseigentümers — die Ausübung der Dienstbarkeit auf eine andere Stelle verlegt, die dazu ebenso geeignet und ebenso bequem erreichbar ist (§ 1023);[1]) hiergegen darf sich der Berechtigte nicht auf die vertragsmäßige Bezeichnung gerade jenes Grundstücksteiles berufen; eine vertragsmäßige Beschränkung oder Ausschließung dieses dem Eigentümer zustehenden Anspruchs auf die Verlegung der Dienstbarkeit ist sogar nichtig. — Ferner ist das jus tollendi des Besitzers, der mit der Sache eine andere als „wesentlichen Bestandteil" (§§ 93 f.) verbunden hat (z. B. mit einem ungebundenen Buche einen Einband, mit einem Kleidungsstücke neues Futter) und der nun die Sache selbst an deren Eigentümer herausgeben muß, ausgeschlossen, wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat oder wenn der

[1]) Sehr ähnlich freilich bereits ALR. I, 19 § 20.

Digitized by Google

Eigentümer sich erbötig zeigt, ihm den verbleibenden Nutzen des abzutrennenden Bestandteils zu ersetzen (§ 997 II).[1] Auch die Ehegatten schützt das BGB. gegen „Mißbrauch des Rechts": so die Ehefrau gegenüber den Entscheidungen des Ehemannes in den das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354 II) sowie gegenüber einer Beschränkung oder Ausschließung der in den Bereich ihrer Schlüsselgewalt gehörigen Dispositionsmacht (§ 1357 II Satz 2); und beide Ehegatten, wenn sich das Verlangen des andern Teils nach Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft als Mißbrauch des Anspruchs auf diese Gemeinschaft herausstellt (§ 1353 II Satz 1), wenn also z. B. die Gattin eines Schiffskapitäns verhindern wollte, daß der Ehemann eine neue Reise antritt; oder wenn der Ehemann die Aufnahme seiner nervösen Frau in eine Heilanstalt hintertreiben wollte. — Interessant ist es auch und in diesen Zusammenhang gehört es, daß das Gesetz wiederholt die böswillige Verabsäumung einer Erwerbsgelegenheit mit Vermögensfolgen umkleidet und unter gewissen weiteren Voraussetzungen dem Vertragsgegner gestattet, auf den Anspruch der Gegenpartei, z. B. auf den Honoraranspruch des Dienstpflichtigen oder des Unternehmers eines Werkes dasjenige in Abrechnung zu bringen, was jener durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft hätte erwerben können (§§ 615 Satz 2, 649 Satz 2 und genereller für bilaterale Verträge § 324 I Satz 2).[2]

Hierher gehört es sodann, daß das BGB. sehr oft eine Abweichung von seinen Regeln vorsieht, wenn ein wichtiger Grund vorliegt oder — wie es namentlich im Familienrecht heißt — ein besonderer Grund.[3] Ein „wichtiger Grund"[4] kann vor allem

[1] Vgl. als Beispiele für das Chikaneverbot auch §§ 1087 I Satz 2 und II Satz 3, 905 Satz 2, 910 II.

[2] Vgl. auch BGB. § 552 Satz 2, § 642 II.

[3] Musterbeispiele der wichtigen oder besondern Gründe bezw. der wichtigen Angelegenheiten zählen auf: §§ 27 II Satz 2, 712 I, 723 I Satz 2, 1847 I Satz 2, 1889, 2227 I. Eine zwingende Vorschrift, welche privatorum pactis mutari non potest, ist das Kündigungsrecht in §§ 723 III, 749 III; vgl. § 671 III.

[4] Andere Fälle des „wichtigen Grundes" vgl. in §§ 549 I Satz 2, 811 I Satz 2.

Digitized by Google

bei vielen Rechtsverhältnissen zur Kündigung führen (wie überhaupt das BGB. betreffs der Kündigung sehr rationelle Vorschriften bietet[1]), so beim Dienstvertrage, beim Gesellschaftsvertrage, bei der Gemeinschaft, bei der Geschäftsführung durch einen Gesellschafter — hier überall für beide Teile[2]) —; ferner zur Kündigung des Mandates seitens des Beauftragten (§ 671 II); zu vorzeitiger Rücknahme des Depositums (§ 696 Satz 2); zur Entlassung des Vereinsvorstandes (§ 27 II Satz 2) und des Testamentsvollstreckers (§ 2227 I); zum Anspruche des Vormunds auf Entlassung (§ 1889); zum Ausschlusse des Ersatzanspruchs gegen den zurücktretenden Verlobten (§ 1298 III); zur Umwandelung des Rentenanspruchs in Kapitalsabfindung bei Körperverletzung oder Ehescheidung (§ 843 III, § 1580 II). — Aus „besonderen" Gründen muß der alimentationspflichtige Verwandte die Alimente in anderer Art als durch Geldrente leisten (§ 1612 I Satz 2), und aus „besonderen" Gründen ist namentlich dem Vormundschaftsgericht sehr oft eine Einmischung und ein Recht zur Abweichung von den regulären Anordnungen (vgl. §§ 1642 II, 1811, 1817, 1818, 1844 I Satz 1; vgl. auch §§ 1612 II Satz 2, 1635 I Satz 2, 1687 Nr. 3) sowie auch ein Recht zur Bewilligung eines Honorars für den Gegenvormund gegeben (§ 1836 I Satz 2); in „wichtigen Angelegenheiten" muß das Vormundschaftsgericht ex officio Verwandte oder Verschwägerte des Mündels befragen (§ 1847 I Satz 2); und wenn die Weigerung ohne „wichtigen" bezw. „ausreichenden" Grund erfolgt, kann das Vormundschaftsgericht die Zustimmung der Eltern zur Verheiratung eines volljährigen Kindes und die Zustimmung der Ehefrau zu Dispositionen des Ehemannes supplieren (§ 1308 I Satz 2; §§ 1379 I, 1402, 1447 I, 1451).

Diese Berücksichtigung der besonderen Gründe führt zu einem andern Punkte herüber, in welchem sich das BGB. gleichfalls seiner

[1]) Vgl. §§ 544, 545 II, 549 I Satz 2, 605, 609, 620—629, 643, 671, 675, 695 f., 712, 723 ff., 749 ff., 1056 II und III, 1141 II, 1156 Satz 2, 1171 I, 1177 I Satz 2, 1258 II Satz 2, 1286, 1294, 1358 I bis III, 2226.

[2]) Vgl. das Nähere in § 626 (dazu auch § 627 II Satz 1), § 723 I Satz 2 und II Satz 1, § 749 II, § 712 I und II.

Digitized by Google

Aufgabe gewachsen zeigt, den Verhältnissen des Einzelfalls und der Sachlage Rechnung zu tragen: zur Berücksichtigung des individuellen Interesses der Personen an der Fortdauer oder Beendigung des gegebenen Rechtszustandes und am Festhalten bezw. Aufgeben der normalen Rechtsfolgen und Rechtsansprüche. Soweit hierbei Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der gekauften oder gemieteten Sachen in Betracht kommen,[1]) bewegt sich das BGB. noch einigermaßen in den gewohnten Bahnen des gemeinen und deutschen Rechts; neu oder doch nur in ähnlicher Weise dem Handelsrecht im besonderen bekannt, ist die Berücksichtigung des Individualinteresses in einer Reihe anderer Einzelfälle, welche das zu Grunde liegende Rechtsprinzip deutlich erkennen lassen.

Wenn er kein Interesse mehr an der Leistung des Vertragsgegners hat, kann nämlich jeder Gläubiger auf Grund der mora solvendi des Schuldners die Entgegennahme der Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen (§ 286 II Satz 1): wenn also das Tafelobst, welches ich bei einer Marktfrau für mein Souper bestellt habe, statt, wie verabredet, nachmittags 4 Uhr, erst abends 8 Uhr bei mir abgeliefert wird und ich inzwischen schnell im Delikatessenwarenladen das Obst kaufen mußte, so bin ich nicht nur von der Pflicht frei, der Marktfrau das Obst abzunehmen, sondern ich kann sogar meinerseits beanspruchen, daß sie mir die Mehrkosten beim Delikatessenwarenhändler und den Botenlohn für den Dienstmann ersetzt, den ich in den Laden geschickt habe. — Ebenso kann jeder Gläubiger auf die Vertragserfüllung verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn zwar nur ein Teil der gegnerischen Leistung infolge eines vom Gegner zu vertretenden Umstandes unmöglich wurde, der Gläubiger aber an der Erfüllung des noch möglichen Teiles kein Interesse besitzt (§ 280 II Satz 1): wenn also die erwähnte Obstfrau zwar um 4 Uhr erscheint, statt der bestellten drei Pfund

[1]) Vgl. §§ 468 Satz 2, 542 I Satz 3 (vgl. oben S. 66).

Digitized by Google

Birnen aber nur ein Pfund bringt, oder wenn die Schneiderin von dem bestellten Brautkleide nur den Rock, nicht aber die Taille rechtzeitig abliefert. — Desgleichen steht bei den bilateralen Verträgen im besondern demjenigen Vertragsteile, dem das Interesse an der Restleistung des Gegenkontrahenten fehlt, das Wahlrecht zwischen Schadensanspruch wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrage zu Gebote (§ 325 I Satz 2)[1]: ein Grundsatz, den das ALR. nicht in dieser generellen Weise, sondern nur für einzelne Anwendungsfälle kennt,[2] nämlich beim Kauf, wenn von dem gekauften Sachinbegriff ein einzelnes Stück fehlt (z. B. ein Band aus Goethes gesammelten Werken) oder wenn Maß und Gewicht nicht abredegemäß sind.[3]

Das Wort „Interesse" ist zwar undeutsch; urdeutsch aber ist der Schutz, welchen auch sonst das BGB. berechtigten Interessen gewährt. Und für die gegenwärtigen Verhältnisse unentbehrlich ist dieser Schutz des Interesses in demselben Maße, wie das Fremdwort „Interesse" selber für unsere Umgangssprache und für unsere Schriftsprache. Ich wähle daher absichtlich solche Beispiele, in denen auch das BGB. den Ausdruck „Interesse"[4] anwendet und sehe von den zahllosen andern Beispielen ab, in denen sich die Tendenz derartigen Interessenschutzes nur mehr zwischen den Zeilen lesen läßt.[5] Direkt erwähnt findet sich der Interessenschutz namentlich im Vormundschaftsrecht, indem das Vormundschaftsgericht bei Gefährdung der Interessen des Mündels eine an sich qualifizierte Person nicht zum Vormunde bestellen soll (§ 1778 I a. E.) oder den Vormund absetzen (§ 1886) oder für einzelne Angelegenheiten seiner Thätigkeit entheben darf (§ 1796 II) oder indem es von den Anordnungen der Eltern über die Vormundschaftsführung abweicht (§ 1797 III, § 1857) oder indem es einen Familienrat

[1]) Vgl. ähnlich §§ 468 Satz 2, 542 I Satz 3, 542 II, 628 I Satz 2.

[2]) Vgl. Mot. II S. 210.

[3]) ALR. I, 11 §§ 173, 207.

[4]) „Interesse" begegnet ferner mehrfach, wenn eine Person ihr rechtliches Interesse an Einsichtnahme von Akten, Verhandlungen, Erklärungen u. s. w. glaubhaft zu machen hat. Vgl. §§ 1342 II Satz 2, 1597 II Satz 2, 2010, 2081 II Satz 2, 2146 II, 2228, 2264, 2384 II; vgl. auch § 810. — Ueber Fälle kollidierenden Interesses vgl. § 1796 II, § 1874 III Satz 1.

[5]) Wie z. B. in §§ 905 Satz 2, 906, 1361 I Satz 2 und II, 1906, 1909 ff.

Digitized by Google

einsetzt oder einberuft[1].) Auch im Interesse der Kinder, deren Eltern geschieden oder an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert sind, kann das Vormundschaftsgericht besondere Maßregeln treffen (§§ 1635 I Satz 2, 1665).[2])

Ebenso begegnet der Interessenschutz mehrfach im „Sachenrecht" (Buch III). Wenn es das Interesse des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers erfordert, bleiben der Nießbrauch oder das Pfandrecht fortbestehen, obgleich sie mit dem Eigentum in derselben Person zusammentreffen, also durch Konsolidation untergehen müßten (§§ 1063 II, 1256 II)[3]); und wie hier von rechtlichem Interesse die Rede ist,[4]) so wird bei Hypothek und Schiffspfand, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt hat, sein rechtliches Interesse an Berichtigung des Grundbuchs oder Schiffsregisters berücksichtigt (§§ 1167, 1267 Satz 2). Desgleichen wird dem Interesse der beteiligten Personen Rechnung getragen, wenn die Instandhaltung von Grenzgräben und -mauern (§ 922 Satz 3) oder die Art der Ausübung einer Grunddienstbarkeit in Frage kommt (§ 1020 Satz 1 und 2; vgl. § 1022 Satz 1, § 1024) oder wenn es sich um Abweichungen von den Normalvorschriften über den Pfandverkauf (§ 1246 I) handelt.[5])

Im „Allgemeinen Teile" des BGB. findet sich das Wort Interesse in diesem Sinne und die ausdrückliche Hervorhebung seines Schutzes nur an zwei Stellen: in § 113 III Satz 2, wonach das Vormundschaftsgericht, wenn das Interesse des Mündels dies erheischt, die Ermächtigung des Vormundes zum Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis supplieren kann, und vor allem in § 12, wonach ich, wenn mein Interesse dadurch verletzt wird, daß ein anderer unbefugt meinen Namen gebraucht, zunächst Beseitigung

[1]) Vgl. ferner § 1917 II Satz 2, § 1803 II und vor allem auch § 113 III Satz 2 (unten im Text).

[2]) Vgl. auch § 1304 II Satz 2, § 1337 I Satz 2. Ferner § 824 II und § 307 I Satz 1.

[3]) Die Hallenser Inauguraldissertation von Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Rechte, Halle 1897, bespricht zwar S. 89 ff., 120 f, 152 f. auch die obigen Gesetzesstellen, geht aber auf die ratio legis nicht weiter ein.

[4]) Vgl. auch oben S. 71 Anm. 4.

[5]) Vgl. auch § 1288 I Satz 1 und (e contrario) § 905 Satz 2.

Digitized by Google

der Beeinträchtigung beanspruchen und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung der Führung meines Namens klagen darf. Gerade dieser § 12 ist sehr bezeichnend dafür, daß das BGB. sich bemüht hat, den modernen Bedürfnissen entgegenzukommen; denn wie wir später (§ 21) genauer sehen werden, geht dieser generellere Schutz des Namens erheblich über das dem bisherigen Recht bekannte Maß hinaus.

Dem Schutze des berechtigten Interesses und der Befugnis des Gerichts, insbesondere des Vormundschaftsgerichts, zu Eingriffen steht nahe die Befugnis des Richters, sein billiges Ermessen geltend zu machen. Hier werden wir aufs lebhafteste an die Grundsätze des römischen Rechts über die aequitas und an die Thätigkeit des Prätors adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia[1]) erinnert; doch gehen auch diese Vorschriften unseres Gesetzbuchs, obwohl sie „durch das römische Recht" zu uns gekommen sind, „über dasselbe hinaus".[2]) „Billiges Ermessen" des Gerichts (und zwar in Form eines Urteils) entscheidet, wenn einem der Vertragsteile selber oder einem Dritten die Bestimmung der Vertragsleistung überlassen blieb und dessen Entscheidung der Billigkeit nicht entspricht (§ 315 III Satz 2, § 319 I Satz 1);[3]) dasselbe gilt, wenn ein Dritter vom Erblasser ermächtigt wurde, die Auseinandersetzung des Erben nach billigem Ermessen zu regeln (§ 2048 Satz 2 und 3). Billiges Ermessen entscheidet dann noch über die Frage, ob eine Abweichung von den Normalvorschriften über Pfandverkauf eintreten soll (§ 1246), wie die Ausübung kollidierender Nutzungsrechte an demselben Grundstücke zu regeln sei (§ 1024) und wie der Finderlohn zu bestimmen sei, wenn das Fundobjekt (z. B. der Entwurf eines Dramas, die erste Skizze zu einem Gemälde) nur für den Verlierer einen Wert hat (§ 971 I Satz 3).[4])

[1]) Vgl. l. 7 § 1 Dig. de justitia et jure 1, 1.

[2]) Der bekannte Ausspruch von Iherings steht in seinem „Geist des römischen Rechts" Teil I (5. Aufl., Leipzig 1891) S. 14.

[3]) Ferner, wenn der Gegenkontrahent bezw. der Dritte die Bestimmung verzögert oder der Dritte sie nicht abgeben will oder kann.

[4]) Vgl. auch § 660 I für die Verteilung der Prämie unter mehrere

Digitized by Google

Ebenso wird auf die „Billigkeit" Rücksicht genommen, wenn gewisse Ansprüche, die an sich vom Rechte bewilligt werden, auf Grund der Sachlage, insbesondere mit Rücksicht auf die pekuniären Verhältnisse der Beteiligten ganz oder teilweise in Fortfall kommen oder wenn umgekehrt Ansprüche, die sonst versagt sind, auf Grund der aequitas eingeräumt werden. Jenes ist der Fall betreffs der Unterstützungen, welche der Ehemann der von ihm getrennt lebenden Ehefrau und der für schuldig erklärte Teil dem andern zu gewähren hat (§§ 1361 II, 1579 I Satz 2), dies — also die auf Billigkeitserwägungen beruhende außerordentliche Einführung von Ansprüchen durch das BGB. — tritt mehrfach ein: Zunächst in dem schon früher angedeuteten Falle einer außerkontraktlichen Schadenszufügung durch eine privatrechtlich unverantwortliche, aber relativ wohlhabende Person (§ 829) (ich wählte oben S. 63 das Beispiel eines sechsjährigen Bankierssohns, der dem Proletarierkinde ein Auge ausschießt). Dann in mehreren Fällen, die eine Abweichung von der allgemeinen Regel des § 253 enthalten, daß wegen eines Schadens, der nicht gerade Vermögensschaden ist, also z. B. wegen Beeinträchtigung des guten Rufes oder der Gemütsstimmung, auch keine Geldentschädigung Platz greife. Ausnahmsweise ist nämlich eine Geldentschädigung dennoch vorgesehen wegen Körperverletzung, Gesundheitsschädigung und Freiheitsberaubung (§ 847 I Satz 1), wegen Verbrechens oder Vergehens gegen die

erfolggekrönte Bewerber bei offenbar unbilliger Verteilung seitens des Auslobenden. — In den Fällen der §§ 315 III Satz 2, 319 I Satz 2, 660 I Satz 2, 2048 Satz 3 ist zwar von der Entscheidung durch das Gericht die Rede, nicht aber davon, daß sie nach billigem Ermessen erfolgen solle, in den Fällen des § 1246 II nur von der gerichtlichen Entscheidung, nicht von der Urteilsform, in den §§ 971 I Satz 3, 1024 nicht einmal von der eventuellen Zuhilfenahme des Gerichts. Doch ergibt sich die eventuelle gerichtliche Entscheidung nach billigem Ermessen wohl auch dort als selbstverständlich, zumal aus der Analogie der andern oben erwähnten Paragraphen. Indessen ist die Frage, ob bezüglich des Finderlohnes und des Pfandverkaufes die Entscheidung durch „Urteil" zu erfolgen hat, von etwaigen diesbezüglichen Anordnungen des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit abhängig (vgl. Endemann und Gareis S. 266 Anm. 102 und dazu Entw. II. Lesung § 1153 Anm.) — Das „Ermessen" des Gerichts wird ferner erwähnt in § 1844 I Satz 2 und § 1995 III, hier kommt aber nur ein Akt der „nicht streitigen Gerichtsbarkeit", also ein „Beschluß" des Vormundschaftsgerichts in Frage.

Digitized by Google

Sittlichkeit einer Frauensperson, also z. B. wegen Notzucht, ferner wegen außerehelichen Beischlafs, zu dem sie durch Hinterlist, Drohung oder Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses veranlaßt wurde (§ 847 II), und wegen Verführung und späteren Verlassens der unbescholtenen Braut (§ 1300 I).[1])

Lediglich ein Ausfluß der aequitas ist es sodann, wenn der Gesetzgeber an zahllosen Stellen dem Grundsatze huldigt: „audiatur et altera pars." Nicht nur in der soeben erörterten Berücksichtigung der Billigkeit und im Schutze berechtigter Sonderinteressen zeigt sich dies fast durchweg, sondern noch deutlicher an einigen Einzelbeispielen, die uns nunmehr schon bekannt sind. Die Entschädigungspflicht des sechsjährigen Kindes, das seinem Spielkameraden das Auge ausgeschossen hat (vgl. oben S. 74), oder etwa des Geisteskranken, der ein Haus in Brand steckte, hat ihre Grenze am eigenen Interesse des Thäters: die Entschädigungspflicht kommt nämlich in Fortfall, wenn dem Thäter die Mittel entzogen werden, deren er zum standesgemäßen Unterhalt und zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten z. B. gegen seine eigenen Verwandten bedarf (§ 829 a. E.). — Die andern Beispiele, welche ich vor Augen habe, gehören ins Mietsrecht. Der Hauswirt, welcher das Haus verkauft, bleibt zwar, wie wir schon sahen (oben S. 59/60), dem Mieter verhaftet; aber nicht auf ewig soll er gebunden sein: er kann sich vielmehr in ähnlicher Weise, wie dies das Preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 § 41 für die persönliche Haftung des Grundstücksveräußerers gegenüber dem Hypothekengläubiger vorgesehen hatte, durch Anzeige von dem Veräußerungsakte der Weiterhaftung entziehen; nur dann bleibt er weiter verhaftet,

[1]) Die „Billigkeit", die „Sachlage", die „Umstände", die „Verhältnisse" werden noch beispielsweise berücksichtigt in §§ 119, 138 II, 151 Satz 2, 320 II, 612 I, 632 I, 653 I, 689, 920 II, 1298 II, 1578 I, 1591 I Satz 2, 1603 I, 1624 I, 1673 I, 1708 I Satz 1 und II, 1717 I Satz 2, 1836 I Satz 3, 1996 I Satz 1, 2155 I und III. Vgl. auch z. B. § 773 I Nr. 2 bis 4, § 775 Nr. 1 bis 3, ferner alle Fälle der Dispensationen von Gesetzesvorschriften, z. B. § 31, §§ 1303 II, 1312 II, 1316 III, 1493 II Satz 2, 1745 I. — Die „Angemessenheit" ist für einen Betrag oder einen Zeitabschnitt („angemessene Frist") maßgebend, z. B. nach §§ 655 Satz 1, 1298 II, 1585 I Satz 1, 1614 II und öfters.

Digitized by Google

wenn nunmehr der Mieter sein eigenes Interesse wahrt, indem er sofort beim ersten Kündigungstermine sein Kündigungsrecht ausübt und dadurch an den Tag legt, daß er sich von dem neuen Hauswirte sobald als möglich zu trennen wünscht (§ 571 II Satz 2). Was das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters betrifft, so wissen wir zwar (S. 61), daß er davon keinen chikanösen Gebrauch machen darf; aber ebenso schützt ihn das Gesetz dagegen, daß der Mieter ausrückt, indem es ihm nicht blos die Hilfe des Gerichts zur Verfügung stellt, sondern ihm auch die Anwendung von Gewalt gestattet, und indem das Gesetz, wenn der Mieter heimlich oder gegen den Protest des Vermieters ausrückte, das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters noch für einen Monat fortbestehen läßt und diesem einen Anspruch auf Herausgabe der weggeschafften Illaten einräumt (§§ 560 f.).

Die bisher entwickelten Grundideen des BGB., auf welche nicht nachdrücklich genug aufmerksam gemacht werden konnte, lehren uns, daß die späteren Kommissionen in der That besser als die erste die Aufgabe des Gesetzgebers zu lösen wußten: zugleich ein Arzt des Volkes zu werden und durch prophylaktische Mittel der Entstehung oder Weiterverbreitung sozialer Schäden vorzubeugen. Die erste Kommission hatte diesen Schutz der wirtschaftlich Schwachen freilich noch nicht auf ihr Panier geschrieben und sich noch nicht entschlossen, den Boden individualistischer Gestaltung des Privatrechts zu Gunsten sozialer Rechtsgestaltung zu verlassen.

§ 9. Insbesondere die Berücksichtigung der modernen Verkehrs- und Wirtschaftsverhältnisse.

Ihren „schöpferischen Beruf“[1]) hat die zweite und dritte Lesung also doch wohl schon hierdurch an den Tag gelegt. Ebenso aber auch in einer Reihe von Vorschriften, welche uns zeigen, daß der Gesetzgeber auch den wirtschaftlichen Bedürfnissen des modernen Verkehrslebens Rechnung getragen hat. Dahin gehört es schon, daß er positive Stellung nimmt zu gewissen Kontroversen, welche darum entstanden, weil auf die neuen Erfindungen die alten Gesetzesparagraphen nicht mehr paßten. Die telephonische Abrede soll

[1]) Vgl. Gierke in der oben S. 18 Anm. 2 erwähnten Kritik, Schmollers Jahrbuch XII S. 1185.

Digitized by Google

fortab (§ 147 I Satz 2) beim Vertragsschlusse jedesfalls als Abrede unter Anwesenden gelten, und statt der verabredeten Schriftform ist für eine Willenserklärung im Zweifelsfalle ein Briefwechsel oder Telegramm genügend und die Gegenpartei hat nur den nachträglichen Anspruch auf ein vom andern Kontrahenten eigenhändig unterschriebenes Schriftstück (§ 127 Satz 2); über den Fund, welcher in den Geschäftsräumen (oder den Beförderungsmitteln) einer öffentlichen Behörde (z. B. im Magistrats- oder Gerichtsgebäude) oder einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalt (z. B. in der Pferdebahn) gemacht wird, sind besondere Vorschriften gegeben (§§ 978 ff.).[1] — Deutlicher aber noch als in diesen Einzelvorschriften zeigt sich die Rücksichtnahme des BGB. auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse des modernen Verkehrslebens in einer sehr großen Anzahl anderer Paragraphen, in welchen den Verkehrsanschauungen, den Verkehrsverhältnissen und der Verkehrssitte ausschlaggebendes Gewicht bei Abwägung gewisser Fragen beigelegt wird. Dabei ist jedoch der Begriff „Verkehr" nicht in dem Sinne aufzufassen, wie ihn der Gedanke an die eben erwähnten Telegraphen und Telephone, an die Eisenbahnen und Dampfschiffe aufdrängt, nicht also in dem Sinne des hastigen Hin- und Hereilens von Ort zu Ort, von Land zu Land ohne Respektierung der territorialen Grenzen. Auch in dieser Hinsicht steht ja unser Jahrhundert „im Zeichen des Verkehrs", aber die rechtliche Berücksichtigung dieses Umstandes ist mehr Sache der Staatsverträge und kommt auf civilrechtlichem Gebiete in stärkerem Maße nur zur Geltung beim Handelsrecht und beim Internationalen

[1]) Vgl. wegen der (nicht erforderlichen) Duldung von Gas- und Telephonanlagen und -leitungen § 906 und wegen der modernen Verkehrsmittel auch EBGB. Art. 125. — Vgl. auch § 120, der die Möglichkeit berücksichtigt, daß eine Willenserklärung durch die zu ihrer Uebermittelung verwendete Anstalt unrichtig übermittelt wird, und zu dieser Vorschrift, welche sich auf Post (einschließlich Privatpost) und Telegraphenanstalt, nicht aber auf Telephonanlagen bezieht, weiter unten § 45 (zu BGB. § 120). — Auch BGB. § 17 kann hier herangezogen werden, indem unter die dortige verkürzte Verschollenheitsfrist insbesondere auch die Fälle des Eisenbahnunglücks gehören; s. unten § 22 (zu BGB. § 17).

Digitized by Google

Privatrecht. Im Rahmen unseres BGB. dagegen bedeutet „Verkehr" etwas anderes, nämlich den täglichen, ich möchte sagen harmlosen Verkehr der Privatpersonen miteinander, den Verkehr innerhalb beschränkter Grenzen, den Verkehr mit dem Nächsten. Hier bilden sich Verkehrsanschauungen und Verkehrssitten aus und auch hier hat das BGB. modern und zweckmäßig gedacht.

Die „Verkehrssitte" entscheidet darüber, ob gegenüber einer Offerte eine ausdrückliche Annahmeerklärung erforderlich ist oder umgekehrt Stillschweigen als Konsens zu gelten hat (§ 151 Satz 1), und Verträge sind so auszulegen und desgleichen ist die Leistung des Schuldners so zu bewirken, „wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern" (§§ 157, 242) — alles Sätze von fundamentalster Bedeutung für die künftige Praxis. Die „Verkehrsanschauung" dient als Richtschnur[1]) nicht blos für die Pertinenzqualität (§ 97 I Satz 2) und für die Erheblichkeit derjenigen Eigenschaft einer Person oder Sache, welche zur Grundlage der Anfechtung einer Willenserklärung gemacht werden soll (§ 119 II), sondern vor allem als Maßstab der Fahrlässigkeit. Denn „fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt" (§ 276 I Satz 2),[2]) und dies ist ein sehr zeitgemäßer Bruch mit der noch in der ersten Lesung (§ 144) begegnenden diligentia diligentis patris familias. Die Sorgfalt, welche der Verkehr erheischt, spielt also in alle die zahlreichen Stellen hinein, in welchen von der Fahrlässigkeit die Rede ist;[3]) speziell wird sie aber noch erwähnt in einigen Paragraphen aus der Lehre von den unerlaubten Handlungen betreffs der Diligenz, welche dann anzuwenden ist, wenn man eine andere Person zur Geschäftsführung bestellt und vielleicht dabei noch Vorrichtungen oder Gerätschaften

[1]) Aber nur als negative Richtschnur; § 97 I Satz 2 darf nicht etwa unter Streichung der beiden Negationen dahin verstanden werden: „Eine Sache ist . . . Zubehör, wenn sie im Verkehr . . . als Zubehör angesehen wird."

[2]) Vgl. hierüber auch meine Abhandlung: „Das Verschulden und die verwandten Begriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche" (im Archiv für bürgerliches Recht, herausg. von Kohler, Ring und Oertmann Bd. 14, Berlin 1898).

[3]) Vgl. ebenda.

Digitized by Google

zu beschaffen oder die Ausführung der Geschäftsvorrichtung zu bewachen hat (§ 831 I Satz 2); oder wenn man die Beaufsichtigung von Tieren übernimmt (§ 834 Satz 2); oder wenn es geboten war, den Einsturz eines Gebäudes oder die Ablösung von Teilen dieses Gebäudes zu verhindern (§ 836 I Satz 2). — Die Verkehrsanschauung wird es auch sein, welche darüber zu befragen ist, ob Schenkungen (wie z. B. Hochzeitsgeschenke oder Spenden für die Überschwemmten) durch eine sittliche Pflicht oder durch die Anstandspflicht geboten sind und daher dem Vormunde, dem Testamentsvollstrecker und dem Vorerben, sowie aus dem Vermögen des Kindes dem Vater, aus dem Gesamtgute der Eheleute dem Ehemanne gestattet sind (§§ 1804 Satz 2, 2113 II Satz 2, 2205 Satz 3 — vgl. § 2207 Satz 2 —, §§ 1641 Satz 2, 1446 II); ob sie vom Schenker selbst widerrufen werden dürfen (§ 534) und ob sie von der Kollationspflicht gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten befreit sind (§ 2330).

Aber hierin erschöpft sich die Berücksichtigung der Verkehrsverhältnisse im BGB. keineswegs. Sie tritt vielmehr auch überall da zu Tage, wo den Normen des Gesetzbuchs die offenbare Tendenz zu Grunde liegt, die Sicherheit des täglichen Rechtsverkehrs zu fördern. Diese Maxime aber befolgt das BGB. auf Schritt und Tritt. Teils findet das seinen Ausdruck in Auffrischung und Erweiterung altbekannter Rechtsideeen, teils auch hier unter Bethätigung des „schöpferischen Berufes" des Gesetzgebers. Bekannt — wenigstens im Grundgedanken und nur in den Einzelheiten da und dort modernisiert — ist z. B. die Haftung des Gastwirts für die Effekten der Reisenden (§§ 701 ff.) und sind die Vorschriften über den Erwerb von Mobiliareigentum durch den gutgläubigen Erwerber aus der Hand des Nichteigentümers (§§ 932 ff.), die Regelung und Sicherung des Hypothekenverkehrs[1]) (§§ 1120 ff., 1127, 1133 ff.) und die prinzipielle Geschäftsfähigkeit der weiblichen Personen[1]) (vgl. §§ 104 ff. und auch EBGB. Art. 36 Nr. I); ferner die Vor-

[1]) Vgl. auch Planck S. 19.

Digitized by Google

schriften über Besichtigung[1]) (§§ 891 ff.) und Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894 ff.), die Beschränkung der Gewährleistung wegen Viehmangels auf bestimmte Hauptmängel[2]) (§ 482) und die Normen über Selbsthilfe und Selbstverteidigung im Falle der Notwehr (§§ 227 ff.). Neu und praktisch ungemein bedeutsam sind aber manche Details, wie die Pflicht des Mieters zur Anzeige gefährlicher Mängel des Mietsobjekts (§ 545 I Satz 1), die persönliche Haftung desjenigen, welcher im Namen eines nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Vereins handelt (§ 54 Satz 2) und vor allem auf die Befugnis des Gläubigers, nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners diesem zunächst eine angemessene Frist zur Erfüllung zu stellen, dann aber nach erfolglosem Ablaufe dieser Frist statt der verspäteten Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 283 I).[3])

Daß sich das BGB. in Einklang setzt nicht blos mit den modernen Verkehrsanschauungen, sondern auch mit den modernen Wirtschaftszuständen[4]) ergibt die schon einmal (oben S. 65) erwähnte Ermäßigung des gesetzlichen Zinsfußes (der noch in der ersten Lesung, § 248, und sogar noch in der Reichstagsvorlage, § 282, 5 Prozent betrug) auf 4 Prozent (BGB. § 246), entsprechend dem Sinken des Zinsfußes überhaupt. Das Gleiche lehrt aber namentlich ein Blick auf die familienrechtlichen Bestimmungen, daß die Frau zu Arbeiten im Hauswesen und Geschäft des Ehemannes verpflichtet ist, soweit eine solche Thätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegaten leben, üblich ist (§ 1356 II). Darnach muß also die Frau eines ländlichen Gastwirtes in der Küche, eventuell auch in der Krugstube und im Materialwarenladen mithelfen. In derartigen Fällen, wenn nach den Verhältnissen der Ehegatten ein

---

[1]) Der wichtige Grundsatz, daß das Grundbuch von jedem, der ein „berechtigtes" Interesse nachweist, eingesehen werden darf, steht freilich in der (oben § 5 S. 43 erwähnten) Grundbuchordnung vom 10. März 1897 (§ 11), die Konsequenzen fixiert aber das BGB. a. a. O.

[2]) Vgl. zu diesen Beispielen auch Endemann und Gareis S. 147, 168, 125/126.

[3]) Vgl. ferner § 727 II Satz 2, § 904.

[4]) Vgl. auch Hachenburg S. 21 ff.

Digitized by Google

Erwerb der Frau durch eigene Arbeit üblich ist, kommt diese Erwerbsmöglichkeit selbst gegenüber der Pflicht des allein für schuldig erklärten Ehemanns zum Unterhalt seiner geschiedenen Frau in Betracht (§ 1578 I). Auch das Kind muß, solange es im Hausstande der Eltern lebt und von diesen erzogen oder unterhalten wird, ihnen in Hauswesen und Geschäft helfen und zwar (wie schon das ALR. II, 2 § 121 anordnet) in einer seinen Kräften entsprechenden Weise, aber ferner (was das ALR. noch nicht vorsieht) auch nur in einer seiner Lebensstellung entsprechenden Art (§ 1617), so daß also der Student und die junge Lehrerin nicht etwa genötigt sind, in den Freistunden hinter den Ladentisch zu treten.

Überhaupt werden Rechte und Pflichten, die aus der Arbeitsfähigkeit und -thätigkeit fließen, stark betont. So in den bereits (oben S. 68) erwähnten Konsequenzen böswilliger, chikanöser Verabsäumung einer Erwerbsgelegenheit; ferner in der Bestimmung, daß zum Vorbehaltsgute der Ehefrau (bei gesetzlichem Güterrecht) und zum freien Vermögen des Hauskindes dasjenige gehört, was sie durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes vereinnahmen (§ 1367, § 1651 I Nr. 1),[1]) und daß bei Gütertrennung die Ehefrau aus diesem Erwerbe nur einen angemessenen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu leisten hat (§ 1427 II Satz 1; vgl. dazu § 1441 I).

Neu und wichtig ist vor allem, daß der Anspruch auf Einräumung einer Sicherheitshypothek nicht blos, wie nach ALR. I, 11 § 972, zu Gunsten des Bauunternehmers, sondern auch zu Gunsten des nur mit einem einzelnen Teile des Bauwerks (z. B. den Dachdeckerarbeiten) betrauten Bauhandwerkers besteht; diese Sicherheitshypothek räumt ihnen das BGB. am Baugrundstücke des Bestellers der Bauarbeit ein und zwar auch schon vor Vollendung des Werkes betreffs desjenigen Teiles der vertragsmäßig bedungenen Vergütung,

[1]) Vgl. wegen des Kindesvermögens bereits ALR. II, 2 § 148 (wegen der Ehefrau anders ebenda II, 1 § 211), sowie betreffs der Arbeitsgeräte auch BGB. § 1650.

Digitized by Google

welche der bereits geleisteten Arbeit und den in der Vergütung nicht einbegriffenen Auslagen entspricht (§ 648).[1])

Konzessionen an die modernen Verhältnisse hat das BGB. aber vor allem dem weiblichen Geschlechte gemacht.[2]) Zwar geht es hier lange nicht so weit, wie die Frauenrechtlerinnen mit aller Lebhaftigkeit und Energie noch in der letzten Stunde vor dem Zustandekommen des BGB. durchsetzen wollten; zwar ereifert sich das zarte Geschlecht noch nachträglich über die Kurzsichtigkeit und den Egoismus der Männer; aber eine objektive Abwägung der Frage muß mindestens das zugeben, daß die Frauen im BGB. viel günstiger gestellt sind, als vorher.[3]) — Betreffs der verheirateten Mitglieder des weiblichen Geschlechts erinnere ich daran, daß der Erwerb aus ihrer Arbeit bei gesetzlichem Güterrecht nicht in die Verwaltungs- und Nutznießungssphäre des Ehemanns fällt (vgl. oben S. 81). Im übrigen muß ich wegen der Ehefrauen auf die Darstellung des Eherechts und insbesondere des ehelichen Güterrechts verweisen, die ergeben wird, daß die Ehefrau dem Manne gegenüber jetzt weit selbstständiger dasteht, als nach älterem deutschem und vor allem nach dem gemeinen Rechte. — Betreffs der Unverheirateten habe ich schon bei anderer Gelegenheit (oben S. 75, 63 f.) von den Entschädigungsansprüchen der verführten und dann verlassenen Braut und der unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses verführten

---

[1]) Vgl. auch Endemann und Gareis S. 160.

[2]) Vgl. zum BGB. und der Frauenfrage z. B. Planck S. 19, Endemann und Gareis S. 291 Anm. 46, 296 Anm. 54, 335 und an Sonderabhandlungen: Bulling, Die deutsche Frau und das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin (Heymann) 1896, Jastrow, Das Recht der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin (Liebmann) 1897, Brenneisen, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen, Forst i. L. (Kunze) 1896. Vor allem aber auch die sehr objektiven Erörterungen von E. Kempin, Grenzlinien der Frauenbewegung (in Schmollers Jahrb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Jahrg. 21, Leipzig 1897, S. 51 ff. [1195 ff.]) insbes. S. 58 ff.

[3]) Daß mit den Vorschriften des Senatusconsultum Vellejanum jetzt endgültig gebrochen ist, nachdem dies schon in Preußen durch das Gesetz vom 1. Dezember 1869 (Ges.S. S. 1169) und ebenso im ganzen Reiche für das Gebiet des Handelsrechts und des Gewerberechts (HGB. Art. 6 ff., Gewerbeordnung § 11) geschehen war, ist freilich nur der letzte Schritt auf einer schon lange betretenen Bahn.

Digitized by Google

Frauensperson,[1]) sowie von den Ansprüchen wegen außerehelicher Schwängerung gesprochen. — Endlich hat die Mutter als solche jetzt gegenüber den minderjährigen Kindern das wichtige Recht erobert, daß wenn die väterliche Gewalt bei Tod oder sonstiger Behinderung des Vaters aufhört, nicht etwa eine Vormundschaft eingeleitet wird, sondern eine der väterlichen Gewalt inhaltlich fast ganz konforme mütterliche Gewalt Platz greift (§§ 1684 ff.). Ja, es ist der Gesetzgeber in dieser Hinsicht insofern ins Extrem verfallen und er hat sich einer argen Geschmacklosigkeit schuldig gemacht, als er das Prinzip der Gleichstellung von Vater und Mutter auch in der Wortfassung auszuprägen für erforderlich hielt und, statt einfach von väterlicher und mütterlicher Gewalt zu sprechen, seinen „schöpferischen Beruf" auch zu einer Bereicherung unserer Sprache verwertet hat und von einer „elterlichen Gewalt des Vaters" und einer „elterlichen Gewalt der Mutter" spricht (vgl. §§ 1627 ff. einerseits und §§ 1684 ff. andererseits).

In das eben berührte Kapitel der Gewaltunterthänigkeit des Kindes gehört eine andere epochemachende Neuerung: *diese Gewaltunterthänigkeit hört mit der Volljährigkeit gänzlich auf* (§ 1626) und dauert nicht etwa über diesen Termin hinaus bis zur förmlicher Entlassung des Kindes oder bis zur Einrichtung einer gesonderten Wirtschaft; das nach außen hin für Eltern, Kind und dritte Personen so unbequeme Zwitterverhältnis offizieller Geschäftsfähigkeit des Kindes, aber thatsächlicher Abhängigkeit seines Vermögens von der Verwaltungs- und Nießbrauchsbefugnis des Vaters hat demnach ein Ende erreicht.

Den modernen Zuständen entspricht ferner die Einführung einer *Entmündigung wegen Trunksucht* (BGB. § 6 Nr. 3), und praktischen Erfolg erwartet man auch von der Übernahme der französisch-rechtlichen Form des *privatschriftlichen* (holographischen) *Testamentes* (§ 2231 Nr. 2)[2]) in das neue Gesetzbuch.[3])

[1]) Auch wenn die „Frauensperson" verheiratet, verwitwet oder geschieden ist, greifen diese Ansprüche Platz.

[2]) Vgl. oben S. 58 Anm.

[3]) Ueber den Namensschutz vgl. oben S. 73 und unten § 12; darüber, daß manche *veraltete Institute* fortgelassen worden sind, vgl. unten S. 90.

Digitized by Google

Das Ergebnis unserer Betrachtungen geht zweifellos dahin, daß das BGB. sowohl den sozialen Bedürfnissen der Gegenwart, wie den modernen Verkehrs- und Wirtschaftsverhältnissen Genüge zu leisten gesucht und im Ganzen wohl auch verstanden hat.

Wenn ich vor näherer Begründung dieser Behauptung die Leistung des Gesetzgebers mit einer erfolggekrönten Entdeckungsreise in bisher unbekannte Regionen der Gesetzgebung verglich (oben S. 54) und wenn Sie, meine Herren, dabei vielleicht unwillkürlich an die Heldenthaten Frithjof Nansens erinnert wurden, so ließe sich dieser Vergleich in der That noch weiter ausspinnen. Mit „Nacht und Eis" hatte auch das BGB. zu kämpfen, mit der Nacht des Vorurteils und mit den, gleich zahllosen Eisschollen sich emportürmenden Widersprüchen der Kritik. Wie Nansen aber hat das BGB. aus den Schicksalen der früheren Expeditionen zu lernen gewußt, aus dem völlig gescheiterten Dresdener Entwurfe und aus der in ganz falsche Bahnen verschlagenen ersten Lesung. Und wenn wir uns fragen, wer der geniale Baumeister gewesen ist, der dem Gesetzgeber seine unüberwindliche „Fram" gezimmert hat, so werden wir in erster Linie den Berliner Germanisten Otto Gierke nennen müssen, dem freilich noch andere Hilfskräfte mit Ausdauer und bedächtiger Abwägung des Für und Wider zur Seite gestanden haben.

Darf man nun sagen, das BGB. ist modern gedacht und entspricht den Anforderungen desjenigen Volkes, für welches es erlassen ist, so kann man zugleich sagen, daß das BGB. „volkstümlich" ist,[1]) weil es eben sozial ist, und man darf des weiteren die Prognose dahin stellen, daß das Volk mit seinem neuen Gesetze zufrieden bleiben wird, bis etwa das Rad der Kulturgeschichte wieder eine neue, alle bisherigen Wirtschaftsverhältnisse umwälzende Drehung gemacht hat.

§ 10. Die Fassung und Sprache des BGB.

Ist das BGB. aber auch in diesem Sinne volkstümlich, so fehlt ihm die Volkstümlichkeit freilich nach anderer Richtung ganz: nämlich betreffs der Fassung und Sprache. Und hier kommen wir zu einem neuen Punkte unserer allgemeinen Betrachtungen, mit dem

[1]) Vgl. auch Endemann S. 26, Hachenburg S. 21 f.

Digitized by Google

sich die künftige Praxis nicht früh und nicht gründlich genug vertraut machen kann.

Auch in seiner Sprache blickt das BGB. allerdings auf einen Läuterungsprozeß zurück, und jetzt werden wir im großen und ganzen einen reinen, guten Klang vernehmen. Der Schwulst und die Schachtelsätze, welche die erste Lesung als ein sprachliches Monstrum erscheinen ließen,[1]) sind nun verschwunden oder doch gemindert, und wennschon die großartige Klarheit des Stils, wie sie im Handelsgesetzbuche anzutreffen ist und wie sie einen Ruhmestitel des Allgemeinen Landrechts und im wesentlichen auch der späteren preußischen Civilgesetze bildet, vom BGB. nicht ganz erreicht wird, so ist doch im Vergleiche zur ersten Lesung eine erhebliche Besserung erzielt worden.

Vor allem sind die entsetzlichen Verweisungen auf andere Gesetzesparagraphen verringert worden, welche im ersten Entwurf mindestens dasselbe schauerliche Maß erreichten, wie im preußischen Immobiliar-Zwangsvollstreckungsgesetze vom 13. Juli 1883 und in der deutschen „Aktiennovelle" vom 18. Juli 1884. Ganz zu vermeiden waren solche Verweisungen nicht, wenn man nicht stets wieder den Inhalt eines Paragraphen in eine Anzahl anderer Paragraphen aufnehmen wollte; aber die Verweisungen sind doch nicht mehr so zahlreich, so zahllos: es sind jedesfalls nicht mehr so viele Paragraphen, in welchen, und nicht mehr so viele Paragraphen, auf welche innerhalb desselben Satzes Bezug genommen wird. Trotzdem ist auch jetzt noch manche Gesetzesstelle ein wahres Sphinxrätsel,[2]) das man nur mit der Feder in der Hand lösen kann, weil auch jetzt noch sehr oft derjenige Paragraph, auf welchen zunächst verwiesen wird, seinerseits auf einen anderen und dieser auf einen dritten Bezug nimmt. Wir begegnen auch in der endgültigen Fassung des BGB. Verweisungen vierten, fünften, ja sogar achten Grades. Vgl.[3]) die Reihen:

[1]) Vgl. namentlich Bekker, System und Sprache (vgl. oben S. 18 Anm. 1) S. 53 ff.

[2]) Allzu günstig drückt sich Endemann S. 25 a. E. aus, indem er meint, „die mit Recht so viel getadelten Verweisungen der ersten Lesung" seien „fast ganz vermieden".

[3]) Vgl. wegen der ersten Lesung Bekker a. a. O. S. 56. Bekker kon-

Digitized by Google

EBGB. Art. 95 Abs. II — BGB. § 840 II — BGB. § 829 — § 823 ff.

BGB. §§ 1270 — 1188 — 878 I — 877 — 873 ff.

BGB. §§ 1692 — 1667 — 1819 — 1818 — 1814 — 92.

BGB. §§ 1917 II — 1852 II — 1812 I — 1820 I — 1815 II und I — 1814 — 92 oder (statt § 1820) 1819 — 1818 — 1814 — 92.

BGB. §§ 1904 Satz 1 — 1903 Satz 2 — 1852 II — 1812 I — 1820 bezw. 1819 u. s. w. wie vorher.

Hier könnte man mit Ruhe eine Prämie für denjenigen aussetzen, der, etwa gar ohne gründliche Vorstudien im BGB., im stande wäre, binnen einer Viertelstunde die Absicht des Gesetzgebers zu ermitteln und in einem einfachen klaren Satze auszudrücken. Und wer wollte dieses z. B. bei § 2013 unternehmen, obwohl dessen Verweisungen nur bis in den vierten Grad reichen (§§ 2013 — 1992 — 1991 — 1978 f.)?

Auch von Schwerfälligkeit, Weitschweifigkeit und Unklarheit hat sich das BGB. nicht stets freizumachen gewußt.

Schwerfällig ist der Ausdruck „Gesamtgutsgläubiger" und „Gesamtgutsverbindlichkeiten";[1]) dieser Ausdruck ist sogar insofern nicht ungefährlich, als er im ersten Augenblicke statt auf die Verbindlichkeiten des Gesamtgutes der Eheleute auf Verbindlichkeiten an einem „Gute" im vulgären Sinne d. h. an einem Landgute verstanden werden könnte, das beiden Ehegatten gehört. Schwerfällig, aber kaum durch ein anderes deutsches Wort ersetzbar, ist ferner der Ausdruck „Versprechensempfänger" in §§ 331 f., 335. — Gespreizt sind die Wendungen „In Ansehung" (dieses Rechtes) (§ 893) und „zum Vorteile gereichen" (§§ 1025 Satz 2, 1109 III); ein direkter Sprachfehler,[2]) wenigstens von dem strengen Stand-

statiert nur Verweisungen bis ins sechste Glied.

[1]) §§ 1504 Satz 1, 1488, 1459 I. 1530 I.

[2]) Lediglich ein Druckfehler der Beckschen Textausgabe des BGB. (2. Abdruck, München 1896) ist in § 561 II Satz 1 das Wort „Herausforderung" statt „Herausgabe". In derselben Ausgabe ist ferner der § 276 irrtümlich in drei Absätze statt in zwei geteilt worden, was insofern zu Irreführungen Anlaß geben kann, als auf § 276 II in § 278 Satz 2 ver-

Digitized by Google

punkte Wustmanns aus betrachtet, ist die adjektivische Verwertung des Adverbs „teilweise" z. B. in §§ 280 II Satz 1, 323 I, 325 I Satz 2, 1145 I Satz 2. Ein Sprachfehler anderer Art steckt in § 823 I[1]), und eine schon (S. 83) hervorgehobene Geschmacklosigkeit ist die Bereicherung unserer Sprache um eine „elterliche Gewalt des Vaters" und eine „elterliche Gewalt der Mutter" (§§ 1626 f., 1684).

Weitschweifig ist z. B. § 923 gefaßt. Sein Absatz III hätte ziemlich leicht in den Absatz I hineingearbeitet werden können.[2]) Hierher gehört es ferner, wenn durch einen Vergleich der §§ 121 II, 124 III und 318 II Satz 3 oder der §§ 861 II und 862 II oder der §§ 1110 ff. und 1103 f.[3]) der Wunsch nahegelegt wird, diese Paragraphen wären zusammengezogen worden und es wäre durch Verweisung in den späteren auf die früheren das gemeinsame Prinzip deutlicher hervorgekehrt und zugleich eine Kürzung der Fassung vorgenommen worden. — In manchen ähnlich liegenden Fällen wird man es dagegen durchaus billigenswert finden, daß eine solche Zusammenziehung und Verweisung unterlassen und dadurch zugleich die Gefahr vermieden worden ist, daß der Überblick erschwert wurde. Vgl. §§ 1763 f. mit § 1737[3]) und als Beispiele für unterbliebene Zusammenziehung mehrerer Einzelvorschriften zu einer Gesamtregel, die man vorkommenden Falles leicht übersehen könnte, §§ 612, 632, 653, 689.[4]) — Mit voller Absicht hat — wie

wiesen wird. (In der inzwischen erschienenen 4. Auflage der Beckschen Textausgabe sind beide Fehler berichtigt.) — Ein Druckfehler in der Heymannschen Taschenausgabe (Berlin 1896) sagt in § 1781 statt „zum Vormunde soll nicht bestellt werden": „zum Vormund kann nicht bestellt werden," läßt also diesen § 1781 nicht als blos instruktionelle Vorschrift erscheinen.

[1]) Insofern durch die Worte: „Wer . . . das Leben eines Andern . . verletzt, ist dem Andern zum Ersatze des . . . Schadens verpflichtet" dem Getödteten selber ein Anspruch zugebilligt wird. Auf diesen lapsus macht sehr zutreffend Lenel in der deutschen Juristenzeitung Jahrg. II Nr. 21 (vom 1. Nov. 1897) S. 409 Anm. 1 aufmerksam. — In § 108 III müßte es korrekter heißen: „Ist der bisherige Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden." Ueber einen Flüchtigkeitsfehler in EBGB. Art. 34 Nr. I vgl. oben S. 39 Anm. 1.

[2]) Dieser Absatz III erinnert an ALR. I, 8 § 158, den man gern mit einem gewissen Humor zu citieren pflegt.

[3]) Hier (und auch sonst noch bisweilen) fällt die Ungleichmäßigkeit bei Verteilung des Stoffes in die Paragraphen auf.

[4]) Vgl. auch BGB. § 2238 II mit § 2247.

Digitized by Google

die Motive ergeben — der Gesetzgeber sodann mehrfach denjenigen Rechtssatz, welchen er zuerst in allgemeinerer Fassung bietet, an späteren Stellen in seiner besonderen Nutzanwendung auf einen konkreten Einzelfall wiederholt (vgl. § 644 I Satz 2 mit § 300,[1]) ferner § 926 I Satz 2 mit § 314, EBGB. Art. 218 mit Art. 3). Hierauf muß deshalb aufmerksam gemacht werden, weil man leicht geneigt sein könnte, in dem spezielleren Satze eine Ausnahme von der generelleren Regel zu vermuten, nicht eine bloße Anwendung dieser Regel.[2])

Was Unklarheiten betrifft, so erscheint mir die Fassung des schon (oben S. 66 f.) erwähnten Chikaneverbotes (BGB. § 226) allzu weit und ebenso die des Kardinalsatzes aus der Lehre von den unerlaubten Handlungen (§ 823), welcher in Absatz I von vorsätzlicher und widerrechtlicher Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines „sonstigen Rechts eines andern" spricht und in Abs. II von dem Verstoße „gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz".[3])

Lobenswert ist die Haltung des BGB. gegenüber Fremdwörtern. Im allgemeinen ist es nämlich ebenso entfernt von blinder Verehrung der Fremdwörter wie von blindem Hasse und von Deutschtümelei. Technische Ausdrücke, wie[4]) Hypothek, Testament, Fiskus, Liquidation, Protokoll und das schon (S. 70 ff.) erwähnte unvermeidbare Wort „Interesse", welche jedermann geläufig und nur schwer zu verdeutschen sind, hat der Gesetzgeber ruhig beibehalten;[5]) sobald aber ein technisch-juristisches Lehnwort sich durch ein ebenso bequemes und bekanntes deutsches Wort ersetzen ließ, ist letzteres gewählt: so spricht der Gesetzgeber von Vermächtnis, Ab-

[1]) Vgl. Mot. Bd. II S. 498. In § 288 I Satz 1 ist die wegen § 246 entbehrliche Angabe der Prozenthöhe durch Satz 2 gerechtfertigt.

[2]) Vgl. auch Planck S. 21.

[3]) Vgl. auch Endemann und Gareis S. 185. Sehr unklar ist auf den ersten Blick auch § 164 II.

[4]) Zu den folgenden Beispielen vgl. z. B. BGB. §§ 1113 ff., 2064 ff, 89 I (sowie z. B. §§ 45 III, 46 f., 928 II, 1936, 1964, 1966), §§ 47 ff., §§ 2240 ff.

[5]) Ferner „Titel" als Unterteile der Abschnitte (vgl. oben S. 23) und „Nummer" (nicht „Ziffer") zur Aufzählung innerhalb eines Paragraphen; vgl. z. B. § 2333 und dazu §§ 2334, 2336 IV.

Digitized by Google

tretung, Mehrheit[1]) statt von Legat, Cession, Majorität; von Rechtsstreit, Strafverfahren und Zurückbehaltungsrecht[2]) statt von Civilprozeß, Strafprozeß und Retentionsrecht; von Sonderrecht und Satzung[3]) statt von Reservatrecht und Statut.[4]) Inkonsequenterweise ist einmal von Ehelichkeitserklärung die Rede, kurz vorher aber von der vieldeutigen Legitimation.[5]) — Als Deutschtümelei kann höchstens etwa die Verwertung des Begriffes „Fahrnis" in dem Worte „Fahrnisgemeinschaft"[6]) betrachtet, aber wegen der Zweckmäßigkeit dieses Ausdrucks nicht getadelt werden.

Die Terminologie ist im allgemeinen eine feste, konsequente. Über die Bezeichnungsweise der Präsumtionen (insbesondere über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes „gilt") und über die Ausdrücke „nichtig", „anfechtbar" und „unwirksam", sowie über die Ausdrücke „muß", „soll", „kann", „darf" (soll, kann, darf nicht) vgl. unten §§ 51 und 52 bei Darstellung des BGB. Buch I Abschn. III Tit. 2. Allzu bunt ist wohl auch die Ausdrucksweise für die verschiedenen Arten gänzlicher oder zeitweiliger Geistesumnachtung (vgl. näheres unten § 19 S. 110 ff. zu BGB. §§ 6 und 104 f.), sowie für die verschiedenen Arten objektiven und subjektiven Verschuldens; denn hierfür treffen wir außer den civilrechtlich geläufigen Begriffen Vorsatz, Fahrlässigkeit, Verschulden, Arglist, Verzug, Sorgfalt, z. B. noch folgende Begriffe an: Widerrechtlichkeit, Rechtswidrigkeit, Böswilligkeit, Verstoß gegen ein Gesetz, Verstoß gegen die gute Sitte, gefährdendes und verletzendes Verhalten, ehrloses, unsittliches Verhalten, gesetzwidriges und ordnungswidriges Verhalten, Verfehlungen, Pflichtverletzung u. a. m.[7])

Der Gesamtton, in welchem das Gesetzbuch redet, ist leider

---

[1]) Vgl. BGB. §§ 2147 ff., §§ 398 ff und § 331 Satz 1.

[2]) Vgl. § 1387 Nr. 1 und 2, § 273 I.

[3]) Vgl. BGB. § 35, §§ 30, 33, 36 u. s. w.

[4]) Nur stoßen nun in § 36 das deutsche Wort „Satzung" und das Fremdwort „Interesse" aufeinander. — In § 2262 würde der Ausdruck „Erbinteressenten" klarer sein als der Ausdruck „Beteiligte".

[5]) BGB. §§ 1723 ff. und 1719 ff.

[6]) BGB. §§ 1549 ff.

[7]) Vgl. meine Studie „das Verschulden und die verwandten Begriffe im BGB." (im Archiv für bürgerliches Recht Bd. XIV, Berlin 1898, S. 79 ff.).

Digitized by Google

sehr doktrinär und abstrakt, so daß man ihn mit Recht als „Juristendeutsch" (und das ganze Gesetzbuch als „Juristenrecht") bezeichnet hat.[1])

§ 11. Die Behandlung des Stoffes.

Von Kasuistik hält sich das BGB. einigermaßen frei. Lobend ist dies z. B. hervorzuheben betreffs der Ehescheidungsgründe (§§ 1565—1569), der Grunddienstbarkeiten (§§ 1018—1029), des Nießbrauchs (§§ 1030—1089) und der Pertinenzen (§§ 97 und 98); allzu ausführlich erscheinen aber vielleicht die Vorschriften über die Testamente (§§ 2064—2273) und Vermächtnisse (§§ 2147 bis 2191), über den Pflichtteil (§§ 2303—2338), über die Vormundschaft (§§ 1773—1908) und hier insbesondere über den Familienrat (§§ 1858—1881) sowie über die unerlaubten Handlungen (§§ 823 bis 853) und den Rücktritt vom Vertrage (§§ 346—361); von Einzelheiten sind ungemein breit dargestellt z. B. die Vorschriften über den Bienenschwarm (§§ 961—964), den Fund in Diensträumen u. dergl. (§§ 978—983). Allzu subtil hat der Gesetzgeber auch gehandelt durch legislative Erledigung des in § 1771 II gedachten, gewiß nicht allzu oft zu erwartenden Falles, und ferner etwa in § 369 II, § 1600.

Eine Reihe von Materien, welche die älteren Gesetze in breitester Kasuistik behandelten, begegnen im BGB. überhaupt nicht: so diejenigen, welche dem Partikularrecht überlassen worden sind und daher nur im Einführungsgesetze flüchtige Erwähnung finden — vgl. oben S. 31 — und ferner einige Materien, welche selbst das Einführungsgesetz mit Stillschweigen übergeht, weil sie gänzlich veraltet sind: so die Einkindschaft und die morganatische Ehe (zur linken Hand)[2]) (während andererseits die seit dem Personenstandsgesetze antiquierte Trennung der Ehe von

[1]) Vgl. Sohm in der oben S. 54 Anm. 2 citierten Abhandlung S. 635 ff. und Gierke in der ebenda citierten Schrift S. 11 ff.

[2]) Vgl. ALR. II, 2 Abschn. 11 §§ 717—752 und II, 1 Abschn. 9 §§ 835 bis 932, hierzu aber andererseits EBGB. Art. 57 (oben S. 52). Vgl. ferner ALR. II, 2 Abschn. 12 §§ 753 bis 773 „Von Pflegekindern". Auch die restitutio in integrum Minderjähriger ist jetzt gänzlich beseitigt.

Digitized by Google

Tisch und Bett wieder eingeführt worden ist).[1]) — Eine lobenswerte Vereinfachung des Rechtszustandes hat insbesondere im Gebiete des ehelichen Güterrechts Platz gegriffen.[2])

Auch die Disposition wird man loben dürfen: sowohl in den großen Abteilungen („Bücher"), die sich (vgl. oben S. 2, 4, 22) an die übliche Disposition der Pandektenlehrbücher anlehnen, wie in den Einzelheiten.[3]) — Daß die Ansprüche einer unehelichen Mutter und eines unehelichen Kindes, wie ich bereits bemerkt habe (oben S. 64), im Familienrecht behandelt werden, ist, vom systematischen Standpunkte betrachtet, unrichtig, dagegen, vom praktischen Standpunkte betrachtet, nur zu billigen. Sehr praktisch ist es, daß Buch III zwischen einen I. Abschnitt über den Besitz und einen III. Abschnitt über das Eigentum (an Mobilien und Immobilien) einen II. Abschnitt einschiebt, welcher „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken" in 30 Paragraphen (§§ 873—902) entwickelt. Dagegen mißfällt es mir, daß die Vorschriften über die Unmöglichkeit der Vertragsleistung in § 275 und §§ 279 ff. durch die §§ 276—278 mit ihren Bestimmungen über Vorsatz, Fahrlässigkeit und Haftung für fremdes Verschulden zerrissen worden sind, während es andererseits ein sehr glücklicher Griff ist, daß sich die Vorschriften über Verzug des Schuldners (§§ 284—290 bezw. 292) und über Verzug des Gläubigers (§§ 293—304) an einander anschließen, obwohl der Gesetzgeber[4]) jene in dem Titel I „Verpflichtung zur Leistung" untergebracht und diesen einen besonderen Titel II bewilligt hat.[5])

---

[1]) BGB. §§ 1575 ff., vgl. unten § 26.

[2]) Das BGB. kennt nur ein „Gesetzliches Güterrecht" (Buch IV Abschn. I Tit. 6 sub I §§ 1363—1431) und drei Arten „Vertragsmäßiges Güterrecht" (ebenda sub II §§ 1432—1557), nämlich 1. Allgemeine Gütergemeinschaft (§§ 1437 ff.), 2. Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff.) und 3. Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549 ff.).

[3]) Tadel wegen der Systematik betreffs der Schuldverhältnisse vgl. im einzelnen bei Endemann und Gareis S. 144 Note 10.

[4]) Weil nämlich die prinzipiellen Grundlagen beider Arten des Verzuges ganz verschieden sind. Vgl. Mot. II S. 69.

[5]) Innerhalb Buch V Abschn. III („Testament") wäre es wohl natürlicher gewesen, mit den Vorschriften über „Errichtung und Aufhebung eines Testamentes", die jetzt den 7. Titel (§§ 2229 ff.) bilden, zu beginnen.

Digitized by Google

Die Einwendungen, welche ich vorher gegen die Sprache und gegen die Behandlung des Stoffes erhoben habe, lassen sich vielleicht noch durch dieses oder jenes andere Beispiel erhärten oder gar auf diesen oder jenen weiteren Punkt ausdehnen. Es handelt sich aber doch vorwiegend nur um kleine, untergeordnete Bedenken, die sich übrigens, was eine gewisse Ungleichmäßigkeit zwischen den einzelnen fünf Büchern des Gesetzes betrifft, aus einer Nachwirkung des bei der ersten Anlage gemachten Fehlers ihrer Übertragung auf fünf verschiedene Redaktoren entschuldigen läßt.[1]) Im großen und ganzen werden wir jedesfalls dem neuen Gesetzbuche hinsichtlich seiner Erscheinungsform unser Lob ebensowenig versagen können, wie (oben §§ 8 und 9 S. 58 ff.) hinsichtlich des modernen, sozialpolitisch und wirtschaftlich korrekten Inhaltes seiner Bestimmungen.

Die Art und Weise, wie das BGB. Definitionen bringt, ist verschieden: entweder in der lehrbuchmäßigen Form der Voranstellung des zu definierenden Begriffes und der nachfolgenden Erklärung oder in der zwangsloseren — leider aber oft an sehr versteckter Stelle angewendeten — Form, daß der sonst im Kontexte eines Paragraphen begegnenden Satzwendung derjenige Begriff in Klammern beigefügt wird, dessen Definition soeben erfolgt war. Reine, eigentliche Definitionen der erstgenannten Art sind seltener, als die Definitionen mittels Klammern.

Beispiele reiner Definitionen begegnen in § 90 (Sachen), § 91 (vertretbare Sachen), § 92 I (verbrauchbare Sachen), § 97 I (Zubehör), § 99 I und II (Früchte einer Sache und eines Rechts), § 100 (Nutzungen), § 276 I Satz 2 (Fahrlässigkeit), § 516 I (Schenkung), § 872 (Eigenbesitzer), § 932 II (böser Glaube des Mobiliarerwerbers), § 1440 II (Vorbehaltsgut eines der Ehegatten), § 1488 (Gesamtgutsverbindlichkeiten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft). — Hierher gehört es auch,[2]) wenn in § 433 I Satz 1 der Kauf, in § 535 die Miete, in § 765 I die Bürgschaft durch ihre Wirkungen definiert werden und wenn in §§ 1589 I Satz 1 und 2 und 1590 I Satz 1 die „Verwandten“ (in gerader und in

[1]) Vgl. oben S. 17.

[2]) Vgl. Planck S. 23.

Digitized by Google

der Seitenlinie) und die „Verschwägerten" auf indirektem Wege eine Definition erhalten. — Nicht hierher gehören dagegen meines Erachtens gewisse Stellen,[1]) welche nur Aufzählungen und Abgrenzungen thatsächlicher Art bieten, wie z. B. § 92 II wegen der verbrauchbaren Sachen, §§ 94 f. wegen der Bestandteile, §§ 1366 ff. wegen des Vorbehaltsgutes der Frau bei gesetzlichem Güterrecht, §§ 1520 ff. und 1551 ff. wegen des eingebrachten Gutes bei Errungenschaftsgemeinschaft und bei Fahrnisgemeinschaft. Definitionen im eigentlichen Sinne haben wir hier ebensowenig vor uns, als wenn in §§ 1924 ff. die fünf verschiedenen Ordnungen der Intestaterbfolge gegen einander abgegrenzt oder wenn in §§ 1565 ff. die einzelnen Ehescheidungsgründe, in § 2333 die einzelnen Enterbungsgründe aufgezählt werden.

Was die andere, häufigere Art der Definitionen — in Klammern — betrifft, so habe ich dafür im Gesetzbuche nicht weniger als 75 Fälle gezählt.[2])[3]) Besonders interessant sind hierbei § 1922, der allein die vier Begriffe Erbfall, Erbschaft, Erbe und Erbteil

[1]) Von ihnen citiert Planck S. 24 die §§ 1366 ff. als Definitionen. Im Uebrigen ist zu Plancks sehr fleißiger Aufzählung der Definitionen (S. 23 f.) noch zu bemerken, daß er nur die §§ 97, 99 f., 765 I, 1440 II, 1488 und 1589 f. übersehen hat, daß er irrig neben §§ 183 und 184 auch den § 182 citiert und daß er § 276 auch wegen des Vorsatzes sowie § 932 statt wegen des bösen wegen des guten Glaubens citiert.

[2]) Dabei rechne ich in den oben genauer erwähnten §§ 1922, 1941 u. 1993 und in dem unten erwähnten § 482 I jede Klammer gesondert, diese vier Paragraphen also mit zehn Definitionen.

[3]) Vgl. außer den im Text und in den folgenden Anmerkungen angegebenen Gesetzesstellen die §§ 93 (wesentliche Bestandteile), 166 II (Vollmacht), 194 I (Anspruch), 273 I (Zurückbehaltungsrecht), 383 III (öffentliche Versteigerung), 398 Satz 1 (Abtretung einer Forderung), 421 Satz 1 (Gesamtschuldner), 428 Satz 1 (Gesamtgläubiger), 718 I (Gesellschaftsvermögen), 771 (Einrede der Vorausklage), 779 I (Vergleich), 780 (Schuldversprechen), 781 Satz 1 (Schuldanerkenntnis), 793 I Satz 1 (Schuldverschreibung auf den Inhaber), 858 I (verbotene Eigenmacht), 868 (mittelbarer Besitz), 925 I (Auflassung), 984 (Schatz; vgl. oben S. 54 Anm. 3), 1132 I Satz 1 (Gesamthypothek), 1363 I (eingebrachtes Gut der Ehefrau), 1438 I Satz 1 (Gesamtgut der Eheleute), 1549 (Fahrnisgemeinschaft), 1610 I (standesgemäßer Unterhalt), 1624 I (Ausstattung), 1650 (freies Vermögen des Kindes), 1924 III (Erbfolge nach Stämmen), 1939 (Vermächtnis), 1940 (Auflage), 1960 II (Nachlaßpfleger), 1975 (Nachlaßverwaltung), 1994 I Satz 1 (Inventarfrist), 2018 (Erbschaftsbesitzer), 2096 (Ersatzerbe), 2100 (Nacherbe), 2150 (Vorausvermächtnis), 2176 (Anfall des Vermächtnisses), 2353, nicht § 2352, wie Planck S. 24 citiert, (Erbschein).

Digitized by Google

definiert, § 1941, der den Erbvertrag und Vertragserben definiert und § 1993, der das Inventar und die Inventarserrichtung definiert. — Eine besondere Gruppe bilden, weil eine typische Wortfassung zeigend („Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß . . ."), aus dem Immobiliarsachenrecht die Definitionen des Erbbaurechts (§ 1012), der Grunddienstbarkeit (§ 1018), der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 I), der Reallast (§ 1105 I), der Hypothek (§ 1113 I) sowie der Grundschuld (§ 1191 I).[1])

Zur Vorsicht gemahnen § 1459 I und § 1530 I, welche beide den Begriff „Gesamtgutsverbindlichkeiten" in Klammern bieten, dort aber ausschließlich für das System der allgemeinen Gütergemeinschaft, hier ebenso ausschließlich für das System der Errungenschaftsgemeinschaft.[2]) (Vgl. über § 1488 oben S. 86 zu Anm. 1).

Allzu unbestimmt, um der Funktion als Definitionen zu genügen, sind § 482 I (Hauptmängel, Gewährfristen) und § 741 (Gemeinschaft nach Bruchteilen). Außerdem trifft man im BGB. eine Reihe von Begriffen an, die zwar in Klammer gesetzt sind und die ich auch in die vorher erwähnte Gesamtzahl von 75 Klammern eingerechnet habe, die aber, wenn man sie genauer ins Auge faßt, nicht eigentlich als Definitionen zu betrachten sind, sondern als Supposition eines bequemeren Wortes. So z. B. § 121 I Satz 1 („unverzüglich" = ohne schuldhaftes Zögern), § 122 II („kennen mußte" = infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte),[3]) § 183 („Einwilligung" = vorherige Zustimmung), § 184 I („Genehmigung" = nachträgliche Zustimmung), § 1369 („Erwerb von Todeswegen" = Erwerb durch Erbfolge, durch Vermächtnis oder als Pflichtteil).[4])

Zu bemerken ist schließlich, daß das BGB. oft mit Absicht die Definition und Abgrenzung eines Begriffes vermieden hat,[5])

[1]) Vgl. dazu unter sich § 1184 I (Sicherheitshypothek), § 1199 (Rentenschuld) und ähnlich auch § 1030 I (Nießbrauch) und § 1204 I (Mobiliarpfandrecht).

[2]) Vgl. ähnlich § 1438 I Satz 1.

[3]) Vgl. hiezu sehr ausführlich meine oben S. 89 Anm. 7 citierte Studie § 4 sub III S. 106—112.

[4]) Vgl. in dieser Art ferner: §§ 274 I, 368 Satz 1, 462 und 634 I Satz 3, 805 Satz 1, 1432, 1638 I, 1937, 1941 II, 1942 I, 2176.

[5]) Vgl. Planck S. 23.

Digitized by Google

entweder weil der Begriff besser ganz ohne Definition bleibt (wie z. B. „eheliche Lebensgemeinschaft" in § 1353 I)[1]) oder weil die Wissenschaft hier eingreifen solle (wie z. B. hinsichtlich der den Immobilien gleichzustellenden Mobilien[2]) oder hinsichtlich der „Geburt" [BGB. § 1, unten S. 100], der „Geisteskrankheit" und „Geistesschwäche" [BGB. § 6 I Nr. 1, unten S. 111],[3]) vor allem aber auch [vgl. oben S. 33] hinsichtlich des Begriffes „Bürgerliches Recht").

Das bisher über die Sprache, die Disposition und die Definitionen Bemerkte gilt nur vom BGB. selber, nicht vom Einführungsgesetze. Denn dieses ist, gleich allen Einführungsgesetzen, ein bemitleidenswertes Aschenbrödel, dem man seinen inneren Gehalt wegen der häßlichen äußeren Hülle nicht anmerkt. Das EBGB. ist sehr schwer zu lesen und sehr schwer zu verstehen, insbesondere der dritte Abschnitt („Verhältnis des BGB. zu den Landesgesetzen") mit seinen stereotypen Eingangsworten zu vielen Artikeln: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über . . . ." Aber auch die „Übergangsvorschriften" in Abschnitt IV und die Vorschriften über das „Verhältnis des BGB. zu den Reichsgesetzen" in Abschnitt II sind schwer zu verstehen, weil sie sehr gründliche Kenntnis des geltenden Rechts voraussetzen, weil ganz selten zwei aufeinanderfolgende Artikel derselben Materie oder auch nur verwandten Materien angehören und weil das bei der Aneinanderreihung obwaltende Prinzip nicht immer auf den ersten Blick zu Tage tritt.

Aber trotz aller dieser Unbequemlichkeiten, die sich dem Studium des Einführungsgesetzes entgegenstellen, kann sich die Praxis nicht

---

[1]) Vgl. Endemann und Gareis S. 294.

[2]) Vgl. Endemann und Gareis S. 196, aber andererseits § 1551 II sowie das Reichsgesetz vom 24. März 1897 über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (oben S. 43) §§ 162 ff.

[3]) Undefiniert bleiben ferner z. B. die Begriffe Verschwendung und Trunksucht (§ 6 Nr. 2 und 3), Wohnsitz (§§ 7 ff.), Irrtum (§ 119), arglistige Täuschung und Drohung (§ 123), Vorsatz (§ 276 I, wo dagegen der Begriff der „Fahrlässigkeit" definiert ist, vgl. oben S. 92), Selbsthilfe (§§ 229 ff.) und Selbstverteidigung (§§ 227 f.: indessen ist dieser Begriff implicite durch Definition des Begriffes der Notwehr in § 227 definiert).

Digitized by Google

schnell genug mit seinem Inhalte vertraut machen, zumal mit den oben § 4 S. 28 ff. skizzierten bedeutsamen Vorschriften über das Verhältnis des BGB. zum älteren Reichs- und Landesrecht!

§ 12. Anhang.

Die Lehrbücher des Privatrechts pflegen in demjenigen Abschnitte, in welchem sie allgemeinere Betrachtungen über die Gesetze anstellen, eine Reihe von Angelegenheiten zu erörtern, welche wir zwar teils gleichfalls gestreift,[1]) teils aber garnicht ins Auge gefaßt haben: so den Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht und die Einteilungen beider Arten von Recht,[1]) sowie die Verkündung des Gesetzes und seine Auslegung. Wennschon nun derartige Ausführungen in allgemeinen Darstellungen des gesamten Privatrechts unentbehrlich sind und darum auch in der bisherigen Litteratur des BGB. angetroffen werden können,[2]) so ist doch für die Zwecke meines Vortragscyklus die Bedeutung solcher Fragen sehr gering, weil einerseits das BGB. wenig Anlaß zu besonderen Betrachtungen bietet und weil ich andererseits natürlich eine Wiederholung derjenigen Grundsätze vermeiden muß, welche Ihnen längst geläufig sind und welche Sie in jedem civilrechtlichen Lehrbuche mehr oder weniger eingehend dargestellt finden. — Nur einige Bemerkungen sind erforderlich:

Für die Auslegung[3]) des BGB. ist, wie auch für andere Gesetze, sein eigener Sprachgebrauch in erster Linie zu berücksichtigen und zur Vorsicht in Benutzung der Gesetzesmaterialien[4]) zu mahnen,

[1]) Hiezu vgl. oben § 4 S. 28 ff. über den Unterschied zwischen Reichs- und Landesrecht, § 7 S. 48 ff. über den zwischen Gesetz, Gewohnheitsrecht und Autonomie, § 3 S. 27 über die Frage nach der zeitlichen und örtlichen Kollision der Gesetze. Was die Privilegien (vgl. insbes. Heilfron S. 45 ff.) anbetrifft, so werden die des Fiskus unten in § 35 zusammenfassend dargestellt werden.

[2]) Vgl. insbesondere Endemann §§ 5—12 S. 31—54, Cosack §§ 8 bis 11, 14 und 15 S. 29—43, 53—55, Kuhlenbeck Abschn. I §§ 1—5 S. 1 bis 33, Abschn. II § 1 S. 67—73, Heilfron §§ 1—6 S. 1—51, §§ 9 und 10 S. 74—91, Riedel §§ 1—10 S. 1—35 sowie Planck, Einleitung sub IV und V S. 20—28.

[3]) Vgl. insbesondere Endemann § 10 S. 41 ff, Cosack § 11 S. 41 ff., Kuhlenbeck § 4 S. 16 ff., Heilfron § 5 S. 36 ff., Planck S. 27 f.

[4]) Ganz vortrefflich ist deren Zusammenstellung bei Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, 5 Bände (Berlin, Stuttgart und Leipzig 1897).

Digitized by Google

die eben nicht selber Gesetz sind; Lücken des Gesetzes sind nach den Regeln von der Analogie[1]) auszufüllen.[2]) Beides wird zu den wichtigsten Arbeiten der künftigen Judikatur gehören und ebenso wird die Litteratur hier ein ergiebiges Feld der Thätigkeit finden; bisweilen wird eine Anlehnung an die ältere Praxis und Theorie möglich sein, aber auch hier ist natürlich mit größter Vorsicht zu prüfen, wieweit die älteren Geistesschätze von Wert geblieben sind.

Doch nicht blos Wissenschaft[3]) und Rechtsprechung werden durch das neue Gesetz in andere Bahnen gelenkt; auch für den Rechtsunterricht ist das BGB. von epochemachender Bedeutung geworden, indem es in den Vordergrund des civilistischen Studienganges tritt und das römische Recht, das deutsche Privatrecht und die Partikularrechte sowie die Rechtsgeschichte sehr zurückgedrängt hat.[4])

---

[1]) Die endgültige Fassung enthält keine Vorschrift über die Analogie; die selbstverständliche Regel des I. Entwurfs § 1 ist schon in der II. Lesung gestrichen worden.

[2]) Ein Beispiel vgl. oben S. 73 Anm. 4 auf S. 74.

[3]) Vgl. Zitelmann, Die Gefahren des BGB. für die Rechtswissenschaft (Rede, zur Feier des 27. Januar 1896 gehalten in der Aula der Universität zu Bonn), Bonn 1896; Lenel, Das BGB. und das Studium des Römischen Rechts (Rede zum Stiftungsfest der Universität Straßburg vom 1. Mai 1896), Straßburg 1896, S. 17—36; Rümelin, Der civilistische Unterricht und das BGB., Freiburg i. Br. und Leipzig 1896.

[4]) Vgl. vor allem die Beschlüsse der Eisenacher Konferenz der deutschen Rechtslehrer vom 23. März 1896 bei Friedberg, Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz, Leipzig 1896, S. 16—23. Ferner Fischer, Der Rechtsunterricht und das BGB. (Auf Grundlage der Beschlüsse der Eisenacher Konferenz, Jena 1896). Sodann Strohal, v. Blume und Lenel in der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. I Nr. 8, 15 und 20 S. 145 ff., 289 ff. und 389 ff. Für Preußen im besondern sind wichtig die beiden Verfügungen des Justizministers und des Ministers der geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten vom 18. Januar 1897, abgedruckt im Justiz-Ministerialblatt vom 22. Januar 1897 Nr. 4 S. 19 ff. sowie auch im Deutschen Reichs- und Königlich Preußischen Staats-Anzeiger vom 23. Januar 1897 Nr. 20, Beilage 2.

Digitized by Google

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

§ 13. Einleitung.

Wir beginnen nunmehr mit dem eigentlichen Studium des BGB. und mit der — sozusagen kommentatorischen — Besprechung seiner einzelnen Abschnitte.

Das Erste Buch[1]) enthält, wie wir bereits wissen, den Allgemeinen Teil des Gesetzbuchs. Er zerfällt in sieben Abschnitte, deren Überschriften aus dem Inhaltsverzeichnisse leicht zu entnehmen sind und zugleich Materien andeuten, welche auch in den Lehrbüchern des Privatrechts im allgemeinen Teile dargestellt zu werden pflegen.

---

[1]) An **Litteratur** zum Ersten Buch ist zur Zeit vorhanden: Endemann Teil I, Erstes Buch §§ 21—94 S. 84 bis 400, Cosack Bd. I Abt. 1 Buch I Abschn. 3—6 §§ 16—79 S. 56—281, Heilfron Buch I §§ 11—65 S. 92 bis 641, Kuhlenbeck Abschn. II—VI S. 74—582, Hellmann, Vorträge über das BGB., Allg. Teil, Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1897, Ostermeyer, Blätter aus dem BGB., Heft 1, Berlin und Leipzig 1897. Zu den ersten Abschnitten des Buch I auch Riedel S. 34—384, Hachenburg S. 65—86, 106—222. An größeren Kommentaren einstweilen nur Planck S. 50—291 sowie Scherer, Allgemeiner Teil des BGB. Heft 1 (BGB. §§ 1—143), Erlangen 1897 (S. 1—288). Ferner betreffs der Materialien insbesondere Motive Bd. I und Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs, Lieferung 1 und 2, Berlin 1897, S. 1—278, 476—619, sowie die vortreffliche Zusammenstellung von Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten herausgegeben, Bd. I, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1897, S. 5—300. Zur zweiten Lesung bezw. Reichstagsvorlage insbesondere Endemann bei Endemann und Gareis §§ 8—18 S. 46 bis 103 und Eck Heft I der „Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage", Berlin 1896, sowie für einzelne Punkte auch Dernburg, Persönliche Rechtsstellung nach dem BGB., Berlin 1896. Die Schriften zur I. Lesung sind in dem Litteraturbericht von Reatz (oben S. 10 Anm. 1) S. 11—19 (85—93) angegeben.

Digitized by Google

Der erste Abschnitt „Personen" und der zweite Abschnitt „Sachen" spiegeln den bekannten Gegensatz der Rechtssubjekte und der Rechtsobjekte wieder; von den andern fünf Abschnitten, welche sich schwerlich unter einer gemeinsamen Überschrift zusammenfassen lassen würden, zerfällt der dritte („Rechtsgeschäfte") in sechs Titel.

Erster Abschnitt. Personen.

Was nun den ersten Abschnitt „Personen" betrifft, so wird er in einer nicht blos der üblichen Methode der privatrechtlichen Lehrbücher entsprechenden, sondern auch durchaus naheliegenden Weise in zwei Titel zerlegt, deren einer von den „Natürlichen Personen", der andere von den „Juristischen Personen" handelt. Außer den natürlichen Rechtssubjekten, d. h. den menschlichen Einzelindividuen, muß nämlich das Recht — sowohl die Rechtswissenschaft, wie ein Gesetzgeber — auch noch mit einer anderen Gruppe von Rechtssubjekten rechnen, welche nicht sichtbar sind, sich für das Rechtsleben aber doch in ihren Rechtsbeziehungen zur Außenwelt bemerkbar machen, und welche man daher als fingierte Rechtssubjekte, als juristische, weil lediglich durch juristische Abstraktion ermittelte Personen zu bezeichnen pflegt.

Erster Titel. Natürliche Personen. § 14. Die Disposition des Titels.

Zunächst interessieren den Gesetzgeber und daher auch uns, da wir uns doch seiner Marschroute anschließen wollten (vgl. oben S. 4), die natürlichen Personen d. h. die Menschen als physische Einzelindividuen.

Betreffs ihrer begnügt sich das BGB. mit 20 Paragraphen. Von diesen beschäftigt sich wiederum ein sehr erheblicher Teil, die sieben Paragraphen 13—19, mit der Verschollenheit und Todeserklärung und der sich anschließende § 20 mit den sog. Kommorienten d. h. den in gemeinsamer Gefahr umgekommenen Personen. Ferner beschäftigen sich fünf Paragraphen, §§ 7—11, mit der Frage nach dem Wohnsitze einer Person, vier Paragraphen, §§ 2—5, mit der Volljährigkeit; die übrig bleibenden drei Paragraphen, nämlich § 12, § 6 und § 1 betreffen Einzelpunkte: das Recht des Namens, die Entmündigung und den Beginn der Rechtsfähigkeit.

Digitized by Google

§ 15. Die Rechtsfähigkeit. Die Geburt.

Der erste Paragraph beantwortet die Frage, wann ein Mensch anfängt, Rechtssubjekt — Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten — zu werden. Die Antwort lautet: „mit der Vollendung der Geburt". Der Begriff „Geburt" bleibt undefiniert (vgl. oben S. 94), eine Definition war aber entbehrlich, weil sie von der Wissenschaft schon längst dahin festgestellt worden ist, daß die Geburt die vollständige Lostrennung eines lebenden menschlichen Wesens vom Mutterleibe sei.

Ob die Loslösung des Kindes vom Mutterleibe vollständig erfolgt ist, wird selten in Zweifel stehen und auch dann leicht durch Zeugenbeweis (Vernehmung der Eltern, der Hebeamme) oder durch die Thatsache standesamtlicher Anmeldung des Kindes bewiesen werden können. Denn das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875, welches der Hauptsache nach in Geltung bleibt (EBGB. Art. 32), bestimmt (in § 15), daß die Register der Standesbeamten und ebenso die von ihm unterschriebenen und unterfiegelten Auszüge daraus (also z. B. die Geburtsurkunden) für die eingetragene Thatsache (also z. B. auch für die Geburt eines Kindes Karl der Kaufmann Müllerschen Eheleute) beweisend sind, bis der Nachweis erfolgt, daß eine falsche Eintragung vorliegt. — Ob dagegen ein menschliches Wesen das Licht der Welt erblickte oder ob die Mutter nur von einem sog. Abortus, einer unentwickelten Frühgeburt, entbunden worden ist, werden schlimmstenfalls medizinische Sachverständige begutachten müssen, und ebenso, ob das menschliche Wesen, welches vom Mutterleibe gelöst war, wirklich gelebt hat oder tot zur Welt kam. Dafür ist z. B. die sog. Lungenprobe von Wichtigkeit. — Daß das Kind irgendwie in einer den Sinnen anderer Personen bemerkbaren Weise sein Leben dokumentiert hat, verlangt das BGB. nicht, im Gegensatze zum älteren deutschen Recht, das bekanntlich nur dann dem Kinde wirkliche Rechtssubjektivität zubilligte, wenn es[1]) die Wände beschrieen oder andere mehr äußerliche Erfordernisse der Rechtsordnung erfüllt hatte.[2])

[1]) Vgl. hierüber etwa Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 358.

[2]) Das Beschreien der Wände ist also weder erforderlich noch auch ge-

Digitized by Google

Ebenso ist aus dem Stillschweigen des Gesetzgebers über diese Angelegenheit zu schließen, daß die sog. Lebensfähigkeit der Neugeborenen irrelevant ist und eine einzige Sekunde wirklichen, nachweisbaren Lebens genügt, wenn schon das verfrühte Erscheinen des neuen Erdenbürgers oder seine organischen Fehler ein Leben von einigen Stunden oder Tagen oder Jahren ausschlossen. Noch der Code civil Napoléons (vom Jahre 1804)[1]) verlangte die „Vitalität"; der Fortfall dieses Erfordernisses bedeutet also für die französischrechtlichen Gebiete unseres Vaterlandes (Rheinprovinz, Baden, Elsaß-Lothringen, Rheinpfalz, Rheinhessen, Fürstentum Birkenfeld) eine Neuerung.

Über „monstra" und „Zwitter" schweigt das BGB. (im Gegensatze zum ALR. I, 1 §§ 17 ff.), weil[2]) die neuere medizinische Wissenschaft sie in das Reich der Fabel verweist; desgleichen aber auch über Zwillinge, deren Anciennetätsverhältnisse ja ohnedies bald nach der Geburt vom standesamtlichen Register festgestellt werden,[3]) wobei dann auch diese Eintragung die vorher erwähnte Beweiskraft und die Vermutung der Richtigkeit für sich hat.

Aber schon vor seiner Geburt wird der Mensch von der Rechtsordnung geschützt, nicht blos vom Strafrecht (durch das Verbot der Abtreibung, Strafgesetzbuch §§ 218—220; vgl. ferner Strafprozeßordnung § 485 II), sondern auch vom Bürgerlichen Recht und von unserem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Der Grundsatz „nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de eius commodis agitur" (der in dieser sprichwörtlichen Formulierung übrigens nicht ganz quellengemäß ist, sich aber an einen Ausspruch des Paulus in l. 7 Dig. de statu hominum 1, 5 anlehnt) begegnet nämlich in einer Reihe von Anwendungsfällen auch im BGB. Wenn ein Kind zwar bereits gezeugt, aber noch

nügend, wenn man die Möglichkeit ins Auge faßt, daß „das Schreien bereits während der Geburt nach Austritt des Kopfes des Kindes erfolgen kann" (Endemann S. 94 Anm. 6).

[1]) Code civil art. 725 und 906. Von gesetzlicher Erbfolge, von testamentarischer Erbfolge und vom Erwerbe einer Schenkung ist ausgeschlossen: l'enfant qui n'est pas né viable (autant que l'enfant sera né viable).

[2]) Vgl. Mot. I S. 28 f.

[3]) Vgl. Personenstandsgesetz § 22 II.

Digitized by Google

nicht geboren ist, so erhält nach § 1912 diese Leibesfrucht zur Wahrung ihrer künftigen Rechte einen Pfleger; diese Pflegschaft — cura ventris — endet selbstverständlich mit der Geburt des Kindes (§ 1918 II). Ein Embryo wird ferner in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Erbe des verstorbenen Vaters berücksichtigt und mitgezählt (§ 1923 II),[1]) ja die Auseinandersetzung der Miterben bleibt einstweilen suspendiert (§ 2043 I) und die schwangere Witwe kann aus dem Nachlasse ihres Ehemanns bezw. aus dem Intestaterbe des Kindes standesgemäße Alimentation beanspruchen (§ 1963; vgl. § 2141). — Desgleichen wird ein Embryo bereits berücksichtigt bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz in Geldrente, den bei Tötung einer Person derjenige gegen den Thäter besitzt, welchem der Getötete kraft Gesetzes alimentationspflichtig war oder werden konnte (§ 844 II Satz 2 und ebenso betreffs der Haftpflicht EBGB. Art. 42 Nr. I § 3 a. E.). Endlich darf der Vater, wie für seine bereits lebenden Kinder so auch für seinen Postumus durch letztwillige Verfügung einen Vormund ernennen (§ 1777 II).[2])

Selbst das noch nicht einmal *erzeugte* Kind wird vom BGB. berücksichtigt; indessen sind diese durchweg dem Erbrecht angehörigen Gesetzesstellen (§§ 1913 Satz 2, 2070, 2101 I Satz 1, 2105 II, 2106 II Satz 1, 2178; vgl. auch §§ 2109 I Nr. 2, 2163 I Nr. 2) nicht gerade von hervorragender Bedeutung für die Jurisprudenz des täglichen Lebens und sollen darum hier nicht genauer dargestellt werden.

Die Thatsache der *Geburt* ist gleichfalls nach mehreren Richtungen von Rechtserheblichkeit. So, wie bemerkt, als Grund für die Beendigung der cura ventris (§ 1918 II); ferner als ausschlaggebender Zeitpunkt für den Anfall einer Nacherbschaft oder eines Vermächtnisses, das einer beim Tode des Erblassers noch nicht erzeugten Person hinterlassen wurde (§§ 2106 II Satz 1, 2178); ferner, um der Mutter die Wiederverheiratung vor Ablauf von 10 Monaten seit Trennung der ersten Ehe zu ermöglichen (§ 1313 I).

[1]) Vgl. auch § 2108 I.
[2]) Vgl. auch § 331 II betreffs des Versprechens der Leistung an einen noch nicht Geborenen.

Digitized by Google

Sodann ist der Zeitpunkt der Geburt entscheidend für die Frage, ob das Kind ehelich sei (§§ 1591 ff., 1600), und für die Verjährung des Anspruchs der unehelichen Mutter auf Entbindungskosten u. s. w. (§ 1715 III Satz 2).[1])

Totgeburten sind zwar nicht selber Rechtssubjekte, vermitteln aber Rechtsansprüche für andere Personen insofern, als (§ 1715 II) die persönlichen Ansprüche der unehelichen Mutter auf Entbindungs- und Sechswochenkosten selbst bei Geburt eines toten Kindes begründet sind.

Die Lebensdauer und zwar die mutmaßliche ist entscheidend für die Dauer der vorher (S. 102) erwähnten Alimentationsansprüche gegen den Totschläger des alimentationspflichtigen Verwandten. Die Geldrente, welche der Geschädigte beanspruchen kann, ist nämlich so lange zu zahlen, als der Getötete vermutlich gelebt und seiner Alimentationspflicht genügt haben würde (§ 844 II Satz 1, EBGB. Art. 42 sub I § 3 Abs. II Satz 1).

§ 16. Der natürliche (und bürgerliche) Tod.

Das Leben und daher die Rechtsfähigkeit beginnt, wie wir eben feststellten, mit Vollendung der Geburt; Leben und Rechtsfähigkeit endigen mit dem Tode,[2]) und nur die Handlungsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, selber Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen, kann, wie wir später sehen werden (unten § 19 S. 110 ff.), schon vorher durch Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder wegen anderer Entmündigungsgründe alteriert werden. Dem körperlichen, wirklichen Tode steht aber der fingierte Tod, die Todeserklärung gleich, welche wir alsbald (unten § 22) erörtern wollen. Der sog. bürgerliche

[1]) Vgl. ferner EBGB. Art. 18 (Die Frage der Ehelichkeit wird nach deutschem Recht beurteilt, wenn der Vater zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher war) und § 187 II Satz 2 (Bei Berechnung des Lebensalters wird der Tag der Geburt mitgerechnet; darnach wird z. B. die Minderjährigkeit eines Menschen mit Ablauf des letzten Tages seines 21. Lebensjahres, also mit Ablauf des seinem Geburtstage vorangehenden Tages beendigt und die Volljährigkeit beginnt mit der ersten Minute des Geburtstages, wenn schon die Geburt kurz vor Mitternacht des gleichen Kalenderdatums erfolgt war).

[2]) Ueber die Einzelfragen vgl. insbes. Rehbein im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß Bd. VII, Leipzig 1897, S. 257 ff.

Digitized by Google

Tod, welcher dem älteren Recht als Strafmittel und als Folge der Ablegung eines Ordensgelübdes bekannt war,[1]) wird vom BGB. nirgends erwähnt, ist also als endgültig abgeschafft zu betrachten; denn nicht hierher gehört es, daß das EBGB. Art. 87 II Satz 1 diejenigen Vorschriften des Partikularrechts bestehen läßt, nach welchen Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen, welche ihr Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit abgelegt haben (ebenda Abs. III), zum Erwerbe von Todeswegen staatlicher Genehmigung bedürfen; diese Vorschriften erklären sich vielmehr aus einem anderen Gesichtspunkte, nämlich ebenso wie die Beschränkungen juristischer Personen im Erwerbe inter vivos oder mortis causa (Art. 86) aus dem Bestreben, nicht zuviel Vermögen in der sog. toten Hand auffammeln zu lassen.

§ 17. Die Volljährigkeit und Volljährigkeitserklärung.

Begleiten wir nun den Menschen auf seiner Pilgerfahrt durch das Leben, von der Wiege bis zur Bahre, so sind auch für seine Rechtsverhältnisse die Geburtstage als Meilensteine zu betrachten. Der wichtigste Meilenstein ist bereits in BGB. § 2 angegeben: Das vollendete 21. Lebensjahr als Endpunkt der Minderjährigkeit und Anfangspunkt der „Volljährigkeit" (wie das BGB. diesen die volle Handlungsfähigkeit begründenden Zustand nennt im Gegensatze zu dem Reichsgesetze vom 17. Februar 1875, das für ganz Deutschland zwar auch das vollendete 21. Lebensjahr als kritischen Zeitpunkt eingeführt hatte, den Zustand selber aber als Großjährigkeit bezeichnete). Wie bereits nach älterem Recht kann aber auch zufolge BGB. §§ 3—5 schon früher die Volljährigkeit eingeführt werden und zwar durch einen obrigkeitlichen Akt, die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis). Konform den Bestimmungen der Preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §§ 61, 97 entscheidet darüber das Vormundschaftsgericht[2]) durch

[1]) Vgl. ALR. II, 11 §§ 1199 ff.

[2]) Es sei denn, daß zufolge EBGB. Art. 147 I das Landesrecht eine andere Behörde mit dieser Funktion betraut. Darüber, daß zur Zeit in mehreren Bundesstaaten die venia aetatis Sache des Landesherrn, des Justizministeriums u. s. w. ist, vgl. Mot. I S. 56.

Digitized by Google

Beschluß und unter der Voraussetzung, daß der Minderjährige selber sowie sein die väterliche Gewalt nunmehr doch einbüßender Vater einwilligt. Ebenso darf die venia aetatis nicht eintreten, bevor das Kind das 18. Lebensjahr vollendet hat. Neu ist es, daß das Gesetz ausdrücklich hervorhebt (was sich aber auch früher von selbst verstand), daß die venia aetatis nur erfolgen darf, wenn sie das Beste des Mündels befördert. Neu ist es ferner, daß auch die Mutter einzuwilligen hat, falls sie die elterliche Gewalt ausübt, und daß eine minderjährige Witwe der Genehmigung ihres Gewalthabers zur Volljährigkeitserklärung fortab nicht mehr bedarf (Die Anhörung der Verwandten oder Verschwägerten, welche nach der Preußischen Vormundschaftsordnung — § 61 II Satz 3 — wenigstens betreffs bevormundeter Minderjähriger erforderlich war, bleibt auch künftig für den gleichen Fall bestehen, aber diese Vorschrift — BGB. § 1847 I Satz 2 — ist auch jetzt nicht zwingender, sondern nur instruktioneller Natur). Neu ist es endlich, daß die Genehmigung des Gewalthabers entbehrlich ist, wenn er zwar die elterliche Gewalt innehat, aber nicht die Sorge für die Person oder[1]) das Vermögen des Kindes ausüben darf (wie z. B.[2]) der allein für schuldig erklärte Vater zwar die Sorge für das Vermögen, nicht aber die für die Person der Kinder ausübt [BGB. § 1635] und umgekehrt der Vater nur die Sorge für die Person des Kindes behält, wenn er es unterläßt, den vom Vormundschaftsgericht zu Gunsten des gefährdeten Kindesvermögens getroffenen Anordnungen nachzukommen [vgl. § 1670 Satz 1]).[3])

[1]) Das „weder . . . noch . . . zusteht" ist in „entweder . . . oder . . . entzogen ist" umzuwandeln (vgl. auch Riebel S 42), nicht aber als kumulative Entziehung beider Fürsorgebefugnisse zu verstehen (wie Kuhlenbeck S. 115 es zu deuten scheint, obgleich die von ihm gewählten Beispiele auch Fälle der Beschränkung nur nach einer Richtung enthalten).

[2]) Das bei Gareis S. 2 Anm. 3 citierte Beispiel des § 1680 paßt insofern nicht, als hier die elterliche Gewalt des Vaters selber aufgehoben ist, also das Genehmigungsrecht des § 4 II überhaupt nicht mehr in Frage kommt. Dasselbe ist wohl auch betreffs des andern Beispiels (§ 1678: Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters) anzunehmen.

[3]) So ist wohl auch Planck S. 56 vorletzter und letzter Absatz zu verstehen. Anders Hellmann S. 12 f.

Digitized by Google

Weitere Vorschriften über Volljährigkeitserklärung enthält das BGB. nicht;[1]) insbesondere tritt also durch Verheiratung[2]) keine Volljährigkeit ein[3]) („Heirat macht nicht mündig"), ebensowenig durch Emanzipation. Dagegen wird sich das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit über das maßgebende Verfahren zu äußern haben.[4])

Übrigens kann, soweit dies für die Landesherren und ihre Familienmitglieder durch Landesgesetze oder Hausverfassungen vorgesehen ist, zufolge EBGB. Art. 57 (oben S. 52) die Volljährigkeit auch ohne venia aetatis schon vor vollendetem 21. Lebensjahr eintreten.

Eine ungemein wichtige Neuerung für das Gebiet des ALR. ist es, daß durch die Volljährigkeit und durch die Volljährigkeitserklärung die elterliche Gewalt jedesfalls beendigt wird (BGB. § 1626), wogegen nach ALR. II, 2 §§ 210 ff. die väterliche Gewalt trotz eingetretener Großjährigkeit erst infolge abgesonderter Wirtschaft, eigenen Gewerbes, Übernahme eines öffentlichen Amtes und ausdrücklicher Entlassung aus der väterlichen Gewalt, bei Töchtern durch deren Verheiratung beendigt wurde.[5])

§ 18. Die rechtserheblichen Altersstufen.

Während für den Menschen, wenn er am Meilenstein der Volljährigkeit angelangt ist, sich eine ganz neue Perspektive eröffnet, indem er jetzt in das Gebiet völliger rechtlicher Selbständigkeit eintritt und nach allen Richtungen ein freies Feld vor sich sieht, sind die andern Meilensteine im rechtlichen Erdenleben nur immer von Bedeutung nach einer besondern Seite hin. Von den rechtserheb-

[1]) Wohl aber für die Fragen der örtlichen und zeitlichen Gesetzeskollision EBGB. Art. 7 II und Art. 153, beidemal zu Gunsten bereits anderswo oder vor dem 1. Januar 1900 erworbener Volljährigkeit.

[2]) Die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechtes beginnt erst mit vollendetem 21. Lebensjahre bezw stattgehabter venia aetatis (BGB. § 1303 I).

[3]) Ueber diejenigen deutschen Staaten, in welchen z. B. der Satz „Heirat macht mündig" gilt (in Preußen nicht) vgl. Mot. I S 57 f.

[4]) Vgl. Reichstagsvorlage zu diesem künftigen Gesetze (1897), insbes. auch §§ 53, 192. Planck S. 54 sub 4, Riedel S. 42, der hierher aber irrig (vgl. BGB. § 1847, oben S. 105) auch die Frage rechnet, ob Verwandte des Minderjährigen zu hören sind.

[5]) Vgl. ferner § 1602 II.

Digitized by Google

lichen Altersstufen interessieren uns hier nicht die dem öffentlichen Recht angehörigen Normen über die Altersstufen für Militärdienst, für aktives und passives Wahlrecht, zu politischen, sozialpolitischen, kommunalen und kirchlichen Ehrenämtern, für Schöffen- und Geschworenendienst und dergleichen dem bürgerlichen Rechte fernstehende Fragen.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält folgende Altersstufen:[2])

1. Das vollendete 6. Lebensjahr eines Knaben ist kritisch für die Frage, ob, wenn seine Eltern geschieden und beide für schuldig erklärt worden sind, der Vater oder die Mutter für die Person des Kindes zu sorgen hat: die Sorge gebührt bis zum vollendeten 6. Lebensjahre des Sohnes der Mutter, nachher dem Vater (§ 1635 I Satz 1; vgl. dazu ferner § 1637).[3])

2. Das vollendete 7. Lebensjahr ist entscheidend für die Geschäftsfähigkeit des Kindes. Bis dahin ist es nämlich völlig geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 1), von da ab bis zur Volljährigkeit jedoch beschränkt geschäftsfähig, d. h. zumeist an die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gebunden (§§ 106 ff.).[4]) Vor Vollendung des siebenten Lebensjahres ist ferner das Kind für den von ihm verursachten Schaden unverantwortlich (§ 828 I).[5])

3. Nach vollendetem 14. Lebensjahr ist ein Mündel vom Vormundschaftsgericht über die Entlassung aus dem Staatsverbande zu hören (§ 1827 I); sodann kann fortab seine persönliche Zustimmung nicht mehr durch den gesetzlichen Vertreter (unter Genehmigung des

[1]) Vgl. z. B. die für die Arbeiterversicherungsgesetze maßgebenden Altersstufen bei Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts § 170 C I 1 S. 936 ff.

[2]) Unvollständig Planck S. 53 Anm. 1 zu § 2, Riebel S. 39 ff., Hellmann S. 13 und Fischer-Henle S. 2 Anm. 3.

[3]) Das ALR. (II, 2 §§ 70, 92 ff., 105) ließ hier (im einzelnen unter mancherlei Abweichungen), das vollendete 4. Lebensjahr entscheiden, nach dessen Ablauf übrigens auch der uneheliche Vater die (dem BGB. unbekannte) Befugnis hatte, die Fürsorge für das uneheliche Kind selbst zu übernehmen (ALR. II, 2 §§ 621 ff.).

[4]) So bereits das Preuß. Gesetz vom 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger (Ges.Samml. S. 518) §§ 1 und 2.

[5]) Prinzipiell anders ALR. I, 6 §§ 41 ff.; aber das Kind haftet nur für unmittelbaren Schaden, nur subsidiär hinter den Eltern und anderen aufsichtspflichtigen Personen und ohne Gefährdung seiner Erziehungskosten (vgl. oben S. 75 zu BGB. § 829).

Digitized by Google

Vormundschaftsgerichts) ersetzt werden, wenn es sich um Legitimation eines unehelichen Kindes (§ 1728 II) oder um Adoption (§ 1750 I Satz 2; vgl. § 1755) handelt.[1])

4. Das — prozessualisch als Grenze für Beginn der Eidesmündigkeit bekannte[2]) — vollendete 16. Lebensjahr ist in dreifacher Hinsicht wichtig: ein Mädchen ist nun ehemündig (§ 1303 I);[3]) die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters erreicht erst[4]) mit vollendetem 16. Lebensjahre des Kindes ihr Ende (§ 1708 I Satz 1); die testamenti factio (activa) beginnt (§ 2229 II), doch ist bis Eintritt der Volljährigkeit die Form des holographischen Testamentes noch ausgeschlossen (§ 2247).[5])

5. Das vollendete 18. Lebensjahr, das uns bereits wegen der venia aetatis bekannt ist (oben S. 105), begründet vollkommene civilrechtliche Verantwortlichkeit für zugefügten Schaden, während es zwischen dem 7. und 18. Lebensjahr auf die zur Erkenntnis der Verantworlichkeit erforderliche Einsicht ankommt (§ 828 II). Ferner „soll" ein Mündel nunmehr vom Vormundschaftsgericht gehört werden, wenn darüber zu entscheiden ist, ob ihm die Genehmigung zum Beginne oder zur Auflösung eines Erwerbsgeschäftes erteilt

---

[1]) Das 14. Lebensjahr war auch nach ALR. II, 2 § 678 wichtig für die Zustimmung des Kindes zur Adoption; die andern beiden Fälle seiner Einwilligung (BGB. §§ 1827, 1728 II) kannte das ältere preußische Recht nicht, dagegen betrachtete es das vollendete 14. Lebensjahr als diejenige Altersstufe, welche dem Kinde die erforderliche Reife zur Berufswahl und zur Religionswahl (bei verschiedener Konfession der Eltern) gab (ALR. II, 2 §§ 111 und 84) und mit diesem Jahre hörte auch die Befugnis der Eltern zur Pupillarsubstitution auf (ebenda § 521). Diese Pupillarsubstitution ist jetzt im BGB. gänzlich in die Vorschriften über Einsetzung eines Nacherben überhaupt (§§ 2100 ff.) aufgegangen; desgleichen fehlen im BGB. Sondervorschriften über die Berufswahl; was aber das Diskretionsjahr betrifft, so ist dieses zufolge EBGB. Art. 134 unberührt geblieben.

[2]) Vgl. Civilprozeßordnung § 358 Nr. 1 und Strafprozeßordnung § 56 Nr. 1.

[3]) Ebenso bereits nach dem Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 § 28 II, das aber die Ehemündigkeit der Männer auf das vollendete 20. Lebensjahr stellte; vgl. oben S. 106 Anm. 2.

[4]) Nicht bereits, wie nach ALR. II, 2 § 633, mit vollendetem 14. Lebensjahr; vgl. oben S. 64.

[5]) Nach ALR. 1, 12 §§ 16 f. ist das Kind vom 14.—18. Lebensjahr befugt, zu gerichtlichem Protokoll zu testieren.

Digitized by Google

werden soll oder ob gewisse andere Rechtsgeschäfte (§ 1821, § 1822 Nr. 3) vorgenommen werden sollen (§ 1827 II).[1])

6. Das vollendete 21. Lebensjahr, also das Alter der Volljährigkeit, ist — gemäß einem erst im allerletzten Stadium der Entstehungsgeschichte des BGB. durchgedrungenen Antrage der Sozialdemokraten Auer und Genossen[2]) — zur Maximalgrenze für die Einwilligung des Vaters bezw. der unehelichen Mutter in eine Eheschließung des Kindes (Sohn oder Tochter) gemacht worden (§ 1305 I Satz 1) und ist ferner die Maximalgrenze für den Konsens der Eltern bezw. der unehelichen Mutter zur Adoption des Kindes durch einen andern (§ 1747 Satz 1). Stattgehabte venia aetatis befreit also das Kind von diesem elterlichen Konsense nicht. — Nur eine volljährige Person einschließlich der für volljährig Erklärten „soll" ferner Eheschließungs- und Testamentszeuge und Vormund sein (§§ 1318 II Satz 1, 2237 Nr. 1, § 1781 Nr. 1).[3])

7. Das vollendete 31. Lebensjahr oder vielmehr der Schluß desjenigen Kalenderjahrs, in welchem ein Verschollener das 31. Lebens-

[1]) Das vollendete 18. Lebensjahr ist z. B. für Preußen abgesehen von dem Anfange absoluter Testierfähigkeit (vorige Anm.) noch deshalb wichtig, weil nunmehr ein Mündel über die projektierte Veräußerung eines ihm gehörigen Grundstücks oder die Auflösung eines Erwerbsgeschäftes gehört werden muß (Preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 55 III; vgl. jetzt BGB. §§ 1827 II, 1821 I Nr. 1, 1822 Nr. 3). Die Zwitter, von welchen, wie bereits bemerkt, das BGB. gänzlich schweigt, konnten mit Vollendung des 18. Lebensjahres selber bestimmen, zu welchem Geschlecht sie sich halten wollten (ALR. I, 1 § 20). — Bestehen geblieben ist dagegen zufolge der Klausel des EBGB. Art. 135 die Vorschrift des preußischen Gesetzes vom 13. März 1878 betr. die Unterbringung verwahrloster Kinder § 10 I, daß das Recht der Zwangserziehung mit vollendetem 18. Lebensjahre des Zöglings aufhört. Ausnahmsweise kann jedoch nach der Novelle vom 23. Juni 1884 (Ges. S. S. 306) § 10 V die Zwangserziehung bis zur erreichten Volljährigkeit ausgedehnt werden.

[2]) Vgl. Stenogr. Berichte (vom 25. Juni 1896) über die Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode 4. Session, 1895/97, Bd. 4 S. 2904 f.

[3]) Der Konsens der Eltern zur Verheiratung der Kinder reichte nach dem Personenstandsgesetze § 29 beim Sohne bis zum vollendeten 25., bei der Tochter bis zum vollendeten 24. Lebensjahre. Für den elterlichen Konsens zur Adoption des Kindes kannte das ALR. (II, 2 § 672) keine Altersgrenze; für die Testamentszeugen, welche übrigens nur bei Testamenten der Analphabeten begegnen (ALR. I, 12 §§ 115 ff.), ist ebenfalls keine besondere Altersstufe vorgesehen worden.

Digitized by Google

jahr vollendet hätte, ist der früheste Zeitpunkt für die Todeserklärung (§ 14 I Satz 2).[1])

8. Das vollendete 50. Lebensjahr ist[2]) Voraussetzung für die Befugnis zur Adoption (§ 1744; vgl. aber auch § 1745 I).[3])

9. Das vollendete 60. Lebensjahr gibt die Befugnis zur Ablehnung einer Vormundschaft (§ 1786 I Nr. 2).[4])

10. Das vollendete 70. Lebensjahr des Verschollenen endlich ermöglicht die Todeserklärung, wenn seit der letzten Nachricht, die von seinem Leben einging, fünf Jahre (statt der normalen zehn Jahre) verflossen sind (§ 14 II).[5])

§ 19. Die Entmündigung.

An die Vorschriften über die Volljährigkeit und Volljährigkeitserklärung, also über den Beginn der Handlungs- und Geschäftsfähigkeit, schließt sich in § 6 eine Vorschrift über denjenigen Umstand an, welcher diese Handlungs- und Geschäftsfähigkeit zufolge richterlicher Anordnung mindern oder gänzlich aufheben kann; dieser Umstand ist die Entmündigung.[6])

Die Gründe der Entmündigung — bei deren Fortfall nach § 6 II die Entmündigung selber wieder aufzuheben ist — sind (§ 6 I) 1. Geistiger Defekt, 2. Verschwendung und 3. Trunksucht.

1. Geistiger Defekt, und zwar entweder Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, beides, wenn es einen so hohen Grad erreicht, daß der Kranke verhindert ist, seine Angelegenheiten zu besorgen d. h. seine Interessen im weitesten Sinne einschließlich derer seiner

[1]) Ebenso bereits ALR. II, 18 § 829.

[2]) Ebenso ALR. II, 2 § 668.

[3]) Wegen des weiteren, dem ALR. unbekannten Erfordernisses des „plena pubertas", um welche der adoptans älter sein muß als der adoptandus, vgl. oben S. 56 Anm. 3.

[4]) Ebenso Preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 23 Nr. 2.

[5]) Aehnlich schon ALR. II, 18 § 830, das die Todeserklärung bereits nach 5 Jahren zuließ, wenn der Verschollene schon 65 Jahre alt war. Der Unterschied wird am besten durch das Beispiel klar, das ich Ostermeyer S. 12 entnehme: Der im 63. Lebensjahr Verschollene kann nach ALR. erst mit vollendetem 73. Lebensjahre für tot erklärt werden, nach BGB. schon mit vollendetem 70. Lebensjahre.

[6]) Vgl. Milferstaedt, Die Entmündigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und das Entmündigungsverfahren (in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, herausg. von Rassow und Küntzel Bd. 41 [6. Folge Jahrg. 1], Berlin 1897, S. 508—559).

Digitized by Google

Angehörigen genügend wahrzunehmen. Der Gesetzgeber definiert weder den Begriff der „Geisteskrankheit" noch den der „Geistesschwäche". Das Vorhandensein dieser Defekte muß daher für jeden Einzelfall vom Richter festgestellt werden, nötigenfalls auf Grundlage des Gutachtens ärztlicher Sachverständiger. In Betracht kommen sowohl „angeborene" wie „erworbene" Defekte, also der Zustand des Idioten und Kretins ebensogut wie Gehirnerweichung und Altersblödsinn. Da die beiden Ausdrücke „Geisteskrankheit" und „Geistesschwäche" nicht technische Termini der modernen Psychiatrie sind und da der Gesetzgeber sich um die Resultate der psychiatrischen Forschungen überhaupt nicht gekümmert hat, so haben wir es hier mit einem Begriffsfelde zu thun, das erst von der späteren juristischen wie medizinischen Theorie zu beackern sein wird — eine Urbarmachung des Terrains versuchten bereits Endemann[1]) und Kuhlenbeck[2])[3]) — und welches auch der künftigen Praxis viele Schwierigkeiten bieten wird. — Man könnte es zunächst für gleichgültig halten, ob eine gewisse Krankheitsform als Geisteskrankheit oder als Geistesschwäche zu charakterisieren, ob z. B. der Idiot und der Kretin als geisteskrank oder als geistesschwach zu betrachten sei; denn die Wirkung ist ja die gleiche: es tritt nach BGB. § 6 Nr. 1 Entmündigung ein und der Entmündigte erhält einen Vormund. Diese Annahme wäre aber grundfalsch. Denn wenn man die Wirkungen des näheren prüft, so findet man, daß nach BGB. § 104 Nr. 3 der wegen Geisteskrankheit Entmündigte völlig geschäftsunfähig ist,[4]) während nach § 114 der wegen Geistesschwäche Entmündigte einem Minderjährigen über 7 Jahren gleichsteht und demzufolge nach §§ 106—113 nicht völlig geschäftsunfähig, sondern in der Geschäftsfähigkeit lediglich beschränkt ist. Darnach kann (vgl. § 107) z. B. der wegen Geistesschwäche Entmündigte solche Willenserklärungen abgeben, durch die er nur Vorteile erlangt, also z. B. eine Schenkung annehmen; und Willenserklärungen, die ihn gleichzeitig belasten, kann er ebenfalls

[1]) Endemann §§ 28—36 S. 124 bis 170 (und Einleitung pag. V).
[2]) Kuhlenbeck § 5 S. 116—124.
[3]) Vgl. auch Planck S. 58 ff.
[4]) Dies glaubt Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 17 ff. vom Standpunkte der Humanität und Sozialpolitik mißbilligen zu müssen.

Digitized by Google

vornehmen, sofern der gesetzliche Vertreter, also der Vormund, einwilligt; dagegen kann der wegen Geisteskrankheit Entmündigte Rechtsgeschäfte, selbst rein lukrative, wie die Annahme einer Schenkung, gar nicht eingehen, statt seiner Willenserklärungen kommen vielmehr stets nur die des Vormundes in Betracht. Aus dieser verschiedenen Wirkung wird man zu einem Rückschlusse auf die verschiedenen Begriffe selber berechtigt sein, indem man als blos geistesschwach denjenigen betrachtet, dessen Zustand es noch gerechtfertigt erscheinen läßt, ihm wenigstens dasjenige Maß rechtsgeschäftlicher Bewegungsfreiheit zu gönnen, welches dem Kinde über sieben Jahren offen steht. Gleichgültig ist es übrigens (weil der Gesetzgeber darüber schweigt), ob der zu Entmündigende volljährig oder minderjährig ist, und ferner, nach durchgeführter Entmündigung, ob lichte Zwischenaugenblicke (lucida intervalla) eintreten und ob der Zustand heilbar oder unheilbar ist; nur ist bei unheilbarer Geisteskrankheit die Möglichkeit einer Wiederaufhebung der Entmündigung (§ 6 II) völlig ausgeschlossen, und als Ehescheidungsgrund kommt offenbar[1]) (nach § 1569) nur unheilbare Geisteskrankheit in Betracht.

Die landrechtliche Unterscheidung zwischen „Raserei", „Wahnsinn" und „Blödsinn" (I, 1 §§ 27 ff.) ist jedesfalls endgültig beseitigt. Ob aber die neue Terminologie sich als praktisch und wertvoll erweisen wird, dürfte nach den vorherigen Bemerkungen mehr als zweifelhaft erscheinen.

Das Gesetzbuch erwähnt an anderen Stellen noch andere Arten dauernder oder vorübergehender Geistesstörungen, auf die ich später (unten § 43) zu sprechen komme. Vgl. § 105 II und § 827.

[1]) Nicht ganz richtig ist es, wenn Endemann S. 156 Anm. 4 in BGB. § 1569 die Unheilbarkeit „ausdrücklich ausgesprochen" findet. Unter § 1569 dürfte nämlich m. E. auch der Fall gehören, daß die Geisteskrankheit völlig geheilt und die Entmündigung aufgehoben wird, eine Wiederherstellung der „geistigen Gemeinschaft zwischen den Ehegatten" aber ausgeschlossen bleibt, weil aus der Wiedervereinigung abermalige Erkrankung entstehen könnte und dauernde räumliche, also auch geistige Trennung der Ehegatten daher als prophylaktisches Mittel geboten erscheint, um den Ehemann nicht wieder mit der hysterischen oder nervösen Ehefrau oder die Ehefrau mit den Aufregungen des großstädtischen Treibens in Berührung zu bringen.

Digitized by Google

Der zweite Entmündigungsgrund „Verschwendung" ist vom BGB. ebensowenig definiert, und die Definition des ALR.[1]) darf zur Ausfüllung dieser Lücke nicht herangezogen werden (vgl. EBGB. Art. 55), wenigstens nicht offiziell. Gleichgültig ist es, ob die Verschwendungssucht eine generelle ist oder nur eine partielle, die sich lediglich am Kartentisch, am Totalisator oder in Gesellschaft liederlicher Weibspersonen äußert. Die Entmündigung wegen Verschwendung erfolgt nur, wenn die Verschwendung so arg ist, daß der Verschwender sich selbst oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt d. h.[2]) den standesgemäßen Unterhalt gefährdet. Die Gefahr genügt; denn gerade dann soll die Entmündigung erfolgen, wenn durch sie die wirtschaftliche Katastrophe noch fern gehalten werden kann, wie ja auch die modernen Arbeiterversicherungsgesetze im Gegensatz zu den Gesetzen über Unterstützungswohnsitz und Armenpflege die Tendenz zeigen, daß die staatliche Fürsorge eingreifen soll, bevor der drohende wirtschaftliche Ruin in der That eingetreten ist.[3])

Die gleiche Gefahr des Notstandes rechtfertigt sodann die Handhabung des dritten Entmündigungsgrundes, der „Trunksucht". Außerdem kann die Trunksucht zur Entmündigung führen, wenn sie — ebenso wie Geisteskrankheit und Geistesschwäche — die Fähigkeit zur Besorgung der Angelegenheiten des Trinkers lähmt oder mindert, und endlich, wenn sie die Sicherheit anderer in Gefahr bringt, z. B. des Publikums. So will also der Gesetzgeber den Trunksüchtigen selbst, seine Familie und die Allgemeinheit schützen. Die Trunksucht ist bisher weder in Deutschland noch in anderen Staaten als Entmündigungsgrund bekannt; wir haben also

[1]) ALR. I, 1 § 30: „Verschwender sind, welche durch unnütze und unbesonnene Ausgaben oder durch mutwillige Vernachlässigung ihr Vermögen beträchtlich vermindern oder sich in Schulden stecken."

[2]) Vgl. auch Cosack S. 74 oben.

[3]) Vgl. mein Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts (Leipzig 1894) § 1 S. 8 sowie meinen oben S 58 Anm. 3 citierten Vortrag S. 22 und wegen der gleichen Tendenz einer etwaigen Versicherung gegen Arbeitslosigkeit meinen Aufsatz: Das Problem einer Arbeitslosenversicherung für Deutschland (in Baumgartners Zeitschrift für Versicherungsrecht und -wissenschaft Bd. II, Straßburg 1896, S. 106 ff.) S. 110.

Digitized by Google

wieder einen der Fälle vor uns, in denen der Gesetzgeber — übrigens erst in der zweiten Lesung — seinen „schöpferischen Beruf" (oben S. 76, 83) bethätigt hat, hier zugleich im Bewußtsein der ihm obliegenden erzieherischen Aufgabe. — Ob absolute Trunksucht vorliegt oder nur Quartalstrinkertum, ist unerheblich. Morphiumsucht, Kokainismus und dergleichen Intoxationspsychosen[1]) bilden keinen Entmündigungsgrund, nur Alkoholismus, wobei es natürlich gleichgültig ist, ob der Trinker Bacchus oder Gambrinus oder dem Schnapsteufel huldigt.

Auch die Entmündigung wegen Trunksucht und wegen Verschwendung führt (wie die wegen Geistesschwäche) nur Minderung der Geschäftsfähigkeit und Gleichstellung mit Kindern über sieben Jahren herbei (BGB. § 114), nicht völlige Geschäftsunfähigkeit und Gleichstellung mit Kindern unter sieben Jahren (wie die Entmündigung wegen Geisteskrankheit).

Der angedeutete Schutz des entmündigten Geisteskranken und Geistesschwachen, Verschwenders und Trinkers gipfelt nun, entsprechend dem bisherigen Rechte,[2]) darin, daß der Entmündigte nach BGB. § 1896 einen Vormund erhält. Aber da der Schutzbedürftige in der Zeit zwischen dem Antrage auf Entmündigung und der Durchführung des langwierigen Verfahrens und bis zur wirklichen Bestellung des Vormundes schon sehr viel Unheil anrichten kann, läßt das BGB. zweckmäßigerweise in § 1906 eine provisorische Vormundschaft zu, die dem bisherigen Preußischen Recht unbekannt war.[3])

Zur Errichtung eines Testamentes sind die Entmündigten (die wegen Geisteskrankheit Entmündigten zufolge ihrer gänzlichen Geschäftsunfähigkeit nach § 105 I, die andern zufolge der positiven Vorschrift des § 2229 III) gleichfalls unfähig, und auch hier beginnt die

[1]) Endemann S. 176 Anm. 4.

[2]) Vgl. Preußische Vormundschaftsordnung § 81 Nr. 1 und 2.

[3]) In Frage kommt z. B. höchstens Vormundschaftsordnung § 90 (Pflegschaft für „Personen, welche selbst zu handeln außer stande sind und der väterlichen oder vormundschaftlichen Vertretung entbehren"). Ob der einen Schutz des Verschwenders vor der Publikation der Entmündigung enthaltende § 16 ALR. I, 5 nicht seit der CPO. obsolet sei, ist bekanntlich kontrovers.

Digitized by Google

Unfähigkeit zweckmäßigerweise schon mit Stellung des Entmündungsantrages (§ 2229 III). Dies kannte bereits das ALR. (I, 12 §§ 32 f.), jedoch nur betreffs des Verschwenders, insofern die später wirklich stattfindende Prodigalitätserklärung das Testament mit rückwirkender Kraft vernichtete, wenn es nach der Antragstellung errichtet wurde oder nach einer ihr vorangehenden notariell aufgenommenen Verwarnung seitens der Verwandten; diese Verwarnung wiederum ist dem BGB. unbekannt.

Was die sonstigen Folgen der Entmündigung betrifft, so ist noch zu bemerken, daß ein Entmündigter nicht Vormund oder Gegenvormund oder Mitglied eines Familienrates oder Pfleger oder Beistand der Mutter in Ausübung der elterlichen Gewalt sein darf (§§ 1780, 1885 I, 1792 IV, 1865, 1915 I, 1694 I). Die elterliche Gewalt des Vaters oder der Mutter ruht (§ 1676 I und II Satz 1, § 1686), und die Ehefrau des Entmündigten darf auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung ihres Vermögens durch den Ehemann klagen (§ 1418 Nr. 3).[1]) Zur Eheschließung ist nur der Geisteskranke unfähig (§ 105 I), nicht[2]) der wegen Verschwendung oder Trunksucht und merkwürdigerweise auch nicht der wegen Geistesschwäche Entmündigte (BGB. § 1304 I).[3])

Über das Verfahren, welches zur Entmündigung führt, schweigt das BGB. — und zwar mit Recht, da diese formelle Angelegenheit nicht in den Kodex des materiellen Rechts gehört —, wohl aber wird sich darüber die Novelle zur Civilprozeßordnung äußern. Die Vorschriften, welche der Entwurf zu dieser Novelle[4])

[1]) Bei gesetzlichem Güterrecht und bei vertragsmäßiger Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1542). Vgl. dazu ferner § 1426 I, §§ 1422, 1425, 1428 II. Bei vertragsmäßiger allgemeiner Gütergemeinschaft und bei vertragsmäßiger Fahrnisgemeinschaft dagegen ist Grund zur Aufhebungsklage nur die Entmündigung wegen Verschwendung (§§ 1468 Nr. 4, 1549, §§ 1470, 1471, 1495 Nr. 4).

[2]) Vgl. dazu noch Endemann S. 151 Anm. 2, S. 161.

[3]) Vgl. ferner §§ 1325 I, 1333.

[4]) §§ 593—627 der Reichstagsvorlage vom 9. Dezember 1897 (Berlin, Guttentag, 1897) Art. I Nr. 139 bis 160, über Entmündigung wegen Trunksucht insbes. Nr. 156 ff. Die Reichstagsvorlage ist auch abgedruckt in der „Zeitschrift für deutschen Civilprozeß", herausg. von Schultzenstein und Vierhaus, Beilage zu Bd. 24, Berlin 1898, S. 8 ff.

Digitized by Google

bietet, übergehe ich (da sie ja möglichenfalls gerade in dieser Form nicht zum Gesetze erhoben werden), obgleich sie zum Teil materiellrechtlichen Inhaltes sind; so, was den Kreis der Antragsberechtigten und den Beginn der Wirksamkeit des Entmündigungsbeschlusses betrifft.[1])

§ 20. Der Wohnsitz (gewerbliche Niederlassung; Aufenthaltsort).

Auf die Bestimmungen über die Entmündigung folgen die 5 Paragraphen 7—11 mit Vorschriften über den Wohnsitz.

Das BGB. that gut, Normen über den Wohnsitz zu geben, weil dieser für die Rechtsverhältnisse der Menschen vielfach von Wichtigkeit ist. Nicht blos für das öffentliche Recht — z. B. wegen des civilprozessualischen[2]) (und strafprozessualischen)[3]) forum domicilii[4]) — sondern auch für das Privatrecht. Hier wird sich freilich seine Bedeutung vom 1. Januar 1900 ab wesentlich verringern.[5]) Denn zu den wichtigsten Gründen für die Erheblichkeit des Wohnsitzes auf privatrechtlichem Gebiete gehört es zur Zeit, daß der Wohnsitz für die Frage entscheidet, welches Rechtssystem Anwendung erheischt hinsichtlich des ehelichen Güterrechts, der Ehescheidung und des Erbrechts. Diese Fragen richten sich jetzt nach der lex domicilii des Ehemannes bezw. nach der lex ultimi domicilii des Erblassers. Da nun gerade im Eherecht und im Erbrecht die augenblickliche Rechtszersplitterung innerhalb Deutschlands sehr groß ist (vgl. oben S. 15), so war die zufällige Lage des Wohnsitzes eben von fundamentaler Wichtigkeit für das anzuwendende Rechtssystem und demnach für Ausgestaltung der Einzelheiten. Demgegenüber wird es in diesen Fragen vom 1. Januar 1900 ab, von Beginn der Rechtseinheit in ehe- und erbrechtlichen Angelegenheiten, gleichgültig sein, wo der Wohnsitz liegt, wenn er sich nur innerhalb des Reiches befindet. Die innerdeutsche Statutenkollision ist darum einer

[1]) Wegen der Entmündigung der Ausländer vgl. EBGB. Art. 8, wegen der Uebergangszeit EGGB. Art. 155 f.

[2]) Civilprozeßordnung §§ 13 ff. (und dazu Reichstagsvorlage Art. I Nr. 1—8).

[3]) Strafprozeßordnung §§ 8, 9 II, 11 I.

[4]) Ueber den „Unterstützungswohnsitz" vgl. Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 und Novelle vom 12. März 1894.

[5]) Vgl. auch Planck S. 60 Anm. 2.

Digitized by Google

Prüfung dieser Vorfrage enthoben; für das internationale Privatrecht im Sinne der Rechtsbeziehungen zwischen Deutschland und anderen Staaten bleibt aber die Bedeutung des Wohnsitzes auch in den erwähnten Punkten erhalten (nur daß auch hier der Konflikt einfacher gestaltet ist, indem lediglich Zweifel zwischen außerdeutschem und deutschem Recht denkbar sind, nicht mehr zwischen außerdeutschem Recht einerseits und preußischem oder gemeinem oder französischem Recht u. s. w. andererseits). — Doch behält die Frage nach dem Wohnsitze immerhin noch Wichtigkeit in einzelnen anderen Punkten von rein territorialem Belang. So[1]) ist der Wohnsitz des Schuldners bei Entstehung einer Obligation auch als deren Erfüllungsort zu betrachten (§ 269 I; nur Geldzahlungen im besonderen sind dem Gläubiger an seinen Wohnsitz zu „übermitteln", § 270 I); eine Vormundschaft darf ablehnen, wer wegen weiter Entfernung seines Wohnsitzes vom Sitze des Vormundschaftsgerichts die Vormundschaft nicht ohne besondere Belästigung führen könnte (§ 1786 I Nr. 5); und zur Eheschließung ist zuständig sowohl der Standesbeamte am Wohnsitz des Bräutigams wie der am Wohnsitz der Braut (§ 1320 II). Während diese Vorschriften uns landrechtlichen Juristen im großen und ganzen nichts Neues bieten,[2]) ist es eine Neuerung, daß für die ehelichen Güterrechtsverhältnisse ein Güterrechtsregister vorgesehen ist, und demzufolge, daß der Wohnsitz des Ehemannes für die Eintragungen in dies Register bedeutsam wird (§ 1558 I).[3])[4])

Der Wohnsitz selber bestimmt sich nun zufolge BGB. §§ 7—11 (wo übrigens eine Definition dieses Begriffes nicht gegeben ist) im allgemeinen nach dem Wunsche des betreffenden Reichsbürgers. Zu dem vom BGB. nicht besonders betonten Willen, den Ort als

[1]) Vgl. ferner § 132 II Satz 2 (und dazu § 1141 II), §§ 1433 II, 1944 III und 1954 III, 2072.

[2]) Vgl. wegen der Vertragserfüllung im besonderen ALR. I, 5 §§ 247 ff. (abweichend vom Text namentlich § 248!), wegen der Erfüllung im allgemeinen I, 16 § 27, wegen Zahlungen auf Grund außerkontraktlicher Verbindlichkeit ebenda § 52; wegen Zuständigkeit des Standesbeamten Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 § 42 I. Die Grundsätze des Handelsrechts über den Ort der Leistung vgl. im HGB. (alte Fassung) Art. 324 f.

[3]) Vgl. auch BGB. §§ 1559 Satz 1, 1561 III Nr. 2.

[4]) Vgl. endlich wegen des Gerichtsstandes BGB. § 176 II (unten S. 120).

Digitized by Google

Wohnsitz zu betrachten, muß aber noch die im § 7 I ausdrücklich hervorgehobene Thatsache ständiger Niederlassung hinzutreten. Der Wohnsitz wird also auch künftig gewissermaßen wie der Besitz animo et corpore erworben werden, wogegen er nicht gleich dem Besitze animo aut corpore verloren geht, sondern ebenfalls nur animo et corpore (§ 7 III).

Die von den Theoretikern oft bestrittene Möglichkeit doppelten Domizils — z. B. bei Stadt- und Landwohnung — erkennt das BGB. § 7 II ebenso an, wie ALR. Einl. § 27;[1]) dagegen schweigt es über die Domizillosigkeit (z. B. des Vagabunden) und beseitigt mittels EG. Art. 55 die Anwendbarkeit des § 25 Einl. ALR., wonach dann der Ort der Herkunft entscheidend sei.

Daß in § 8 den Geschäftsunfähigen und den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen (z. B. den wegen Trunksucht Entmündigten) die Fähigkeit zu selbständiger Begründung oder Aufhebung des Wohnsitzes ausdrücklich abgesprochen wird, erscheint im ersten Augenblicke überflüssig, da es sich eben aus dem Mangel völliger Geschäftsfähigkeit von selbst verstehen würde; indessen hat § 8 seiner Motivierung darin, daß die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes kein Rechtsgeschäft ist, sondern ein, allerdings von Rechtsfolgen begleitetes Faktum, eine Rechtshandlung, die an sich also auch eine der Geschäftsfähigkeit beraubte Person vornehmen könnte.[2])

Zum freiwillig gewählten Wohnsitz[3]) tritt in § 9 der notwendige Wohnsitz der Militärpersonen und in §§ 10 und 11 der abgeleitete Wohnsitz der Ehefrau und der Kinder.[4]) Einen notwendigen Wohnsitz der Civilbeamten und der Strafgefangenen kennt das BGB. dagegen ebensowenig wie die Reichsjustizgesetze, denen die §§ 9 ff. nachgebildet sind. Domizil und Amtssitz des Civilbeamten

[1]) Vgl. auch Mot. I S. 70 f.
[2]) Vgl. Mot. I S. 72.
[3]) Vgl. auch EBGB. Art. 157.
[4]) Ueber die Abgrenzung und Anwendung der Ausdrücke „notwendiger" und „abgeleiteter" Wohnsitz herrscht in der bisherigen Litteratur zum BGB. Verwirrung, was den Wohnsitz der Ehefrau betrifft. Die meisten bezeichnen ihn als abgeleiteten (Heilfron S. 114, Planck S. 63 Anm. 2 zu § 10, Endemann S. 183 sub 2); anders, wie es scheint, Kuhlenbeck S. 142/143.

Digitized by Google

wird ohnedies in der Regel zusammenfallen, und dem Strafgefangenen fehlt der Wille der Domizilsgründung in der Strafanstalt.

Das domicilium necessarium der Militärs bezieht sich nur auf Linienſoldaten, nicht auf die Reserve, und bei der Linie auch nicht auf die nur vorübergehend zur Erfüllung ihrer ein- oder zweijährigen Wehrpflicht Dienenden; desgleichen nicht auf Kadetten oder minderjährige Portepeefähnriche oder Zöglinge einer Unteroffiziersschule, da ein Minderjähriger ja ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Inhabers der elterlichen Gewalt oder Vormundes) einen Wohnsitz selbständig zu gründen außer stande ist (§ 9 II).

Auch die Ehefrau kann im allgemeinen einen Wohnsitz nicht selbständig gründen (§ 10 II), sondern hat einen abgeleiteten Wohnsitz am Wohnsitze des Ehemannes. Nur dann ist sie zur Gründung eines eigenen oder zur Beibehaltung des bisherigen Wohnsitzes befugt (§ 10 II Satz 2), wenn der Ehemann ins Ausland übersiedelt und sie ihm dorthin zu folgen nicht verpflichtet ist; dies ist wiederum nach dem uns bereits wegen seines Zusammenhanges mit dem Chikaneverbote bekannten § 1354 II (oben S. 68) der Fall, wenn das Verlangen des Ehemannes, daß sie ihn ins Ausland begleite, im konkreten Falle als Mißbrauch seines Anordnungsrechtes aufzufassen wäre.

Der abgeleitete Wohnsitz der Kinder (§ 11) richtet sich bei ehelichen nach dem Wohnsitze des Vaters, bei unehelichen nach dem Wohnsitze der Mutter, bei Adoptierten nach dem Wohnsitze des Adoptierenden und erlischt erst, wenn das Kind ihn rechtsgültig aufhebt, d. h. also wenn die Aufhebung nach Eintritt der Volljährigkeit vom Kinde selber oder vorher vom gesetzlichen Vertreter vorgenommen wird. Die minderjährigen Studenten, Referendare und Lieutenants sind also im allgemeinen am Wohnsitze des Vaters domiziliert, wenn sie sich auch für Jahre von Hause fortbegeben; und solange sie das Elternhaus noch immer als ihre Heimat auch im wirtschaftlichen Sinne betrachten, bleiben sie selbst nach erreichter Volljährigkeit am Wohnsitze des Vaters domiziliert;[1]) ist

[1]) Ein abgeleitetes Domizil des minderjährigen Gesindes wird vom BGB. nicht erwähnt, würde sich aber durch EBGB. Art. 95 aufrecht erhalten

Digitized by Google

dieser Zeitpunkt aber erst einmal eingetreten, so bedarf es nicht noch der Anstellung oder der Verheiratung oder der Anschaffung eigener Möbel, um die selbständige Begründung eines Wohnsitzes zu ermöglichen; lassen die Umstände sonst irgendwie den Rückschluß zu, daß der großjährige Student, Referendar oder Lieutenant seinen regelmäßigen Aufenthaltsort als seinen Wohnort betrachtet, so hat er nunmehr ein eigenes Domizil fern vom Elternhause gegründet, auch wenn er nach wie vor Chambregarnist ist und auf eine pekuniäre Unterstützung der Eltern angewiesen bleibt. Für den großjährigen Lieutenant kommt es übrigens auf derartige konkludente Beweismomente nicht an, weil für ihn die zwingende Vorschrift des § 9 Platz greift.

Was für eine physische Person der Wohnsitz ist, ist für eine juristische Person (Verein und Stiftung) der Sitz (vergl. BGB. §§ 21—24, § 80); auch der Sitz einer Behörde kann Bedeutung für das Civilrecht erlangen (vergl. BGB. §§ 1194, 1786 Nr. 5).

Der Wohnsitz des Menschen ist vom prozessualischen Standpunkte betrachtet sein allgemeiner Gerichtsstand;[1]) doch wird dieser Ausdruck „allgemeiner Gerichtsstand" gelegentlich (§ 176 II) auch direkt erwähnt.

Vom Wohnsitz durchaus verschieden kann der Wohnort sein, z. B. wenn ein Offizier der Garnison Berlin mit seiner Familie in Charlottenburg oder Friedenau wohnt. Der Wohnort findet sich z. B. in § 570 Satz 1 und § 1354 I erwähnt. Desgleichen können Wohnsitz und Ort der gewerblichen Niederlassung auseinanderfallen, z. B. für den Berliner Kaufmann, der in Charlottenburg wohnt, oder für einen Hamburger, der im Sommer auf Helgoland ein kaufmännisches Geschäft oder ein Hotel betreibt. Wieder etwas anderes kann der Aufenthaltsort[2]) sein, unter

lassen. Vgl. Mot. I S. 76, Planck S. 62 sub 1 und für Preußen, abgesehen vom Gerichtsstande, AGO. T. I Tit. 2 § 13, ALR. I, 1 § 4.

[1]) Vgl. oben S. 116 Anm. 2 und 3 und S. 117 Anm. 4.

[2]) Er kommt auch in Betracht, wenn von der Abwesenheit einer Person die Rede ist (BGB. §§ 130, 1379 II, 1447 II). Vgl. Endemann S. 182 Anm. 2, der hierfür auch noch BGB. §§ 121 I Satz 2 und 147 citiert.

Digitized by Google

welchem bisweilen der zufällige augenblickliche Aufenthaltsort zu verstehen ist, bisweilen der gewöhnliche (wie z. B. der gewöhnliche Aufenthalt eines Großgrundbesitzers, der sein Gut verwalten läßt, in der Stadt; der gewöhnliche Winteraufenthalt eines Kranken in Montreux; der gewöhnliche Aufenthalt eines gewissenhaften Abgeordneten in Berlin); als Aufenthaltsort ist auch das Gefängnis oder die Heilanstalt zu betrachten, in welcher sich jemand durchaus wider seinen Willen befindet.

Wohnsitz, gewerbliche Niederlassung und Aufenthaltsort, alle drei Begriffe, begegnen nun mehrfach in denselben Gesetzesstellen. Vgl. §§ 772 I, 773 I Nr. 2 und 775 I Nr. 2, welche durchweg in die Lehre von der Bürgschaft gehören. Wohnsitz und gewerbliche Niederlassung werden in §§ 269 II und 270 II erwähnt, welche anordnen, daß die Erfüllung der Obligation nicht am Wohnsitze des Schuldners und die Geldzahlung nicht nach dem Wohnsitze des Gläubigers zu erfolgen habe, sondern an dem vom Wohnsitze verschiedenen Orte der gewerblichen Niederlassung, falls die Obligation im Gewerbebetrieb des Schuldners bezw. Gläubigers entstanden ist. Vgl. ferner § 795 II. — Wohnsitz und Aufenthalt werden in dem wichtigen § 132 (Abs. II) erwähnt, der von der Zustellung einer Willenserklärung durch den Gerichtsvollzieher und von der öffentlichen Zustellung spricht. Hier ist zugleich vom letzten inländischen Wohnsitz und Aufenthaltsort die Rede, während §§ 1944 III und 1954 III des Falles gedenken, daß der Erblasser seinen letzten Wohnsitz oder der Erbe seinen Aufenthalt im Auslande hat (alsdann wird nämlich die sechswöchentliche Frist für Ausschlagung einer Erbschaft bezw. für Anfechtung der Erbschaftsannahme oder -ausschlagung auf 6 Monate verlängert).[1])

[1]) Vom gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande und Wohnsitz im Auslande spricht § 1320 III betreffs der Frage nach Zuständigkeit des Standesbeamten für die Vornahme einer Eheschließung. — Der Aufenthalt allein findet Erwähnung in § 1851 II (Verlegung des Aufenthalts des Mündels in den Bezirk eines andern Gemeindewaisenrates), der unbekannte Aufenthalt interessiert nach §§ 965 II Satz 1 (983), wenn es sich beim Funde um den Aufenthaltsort des Empfangsberechtigten (also insbesondere des Verlierers) handelt, sowie nach § 1911 I Satz 1 wegen der

Digitized by Google

Ganz etwas anderes als Wohnsitz, gewerbliche Niederlassung, Wohnort und Aufenthaltsort ist die Hausgenossenschaft, deren Rechtserheblichkeit in § 618 II und in § 2028 I durchschimmert. Hier haben wir es mit Begriffen und Thatbeständen zu thun, die schon in das Familienrecht und in den Begriff der Verwandtschaft hineinragen, den wir indessen, dem System des BGB. folgend (vgl. BGB. §§ 1589 f.), erst an anderer Stelle erörtern wollen.

§ 21. Der Schutz des Namens.

Wir wenden uns nunmehr zu BGB. § 12 und dem dort sanktionierten Rechtsschutze des Namens.[1]) Bereits im Allgemeinsten Teile meiner Vorträge (oben S. 73, S. 83 Anm. 3) hob ich hervor, daß wir es hier mit einer Neuschöpfung zu thun haben, welche im bisherigen Recht nur schwache Anknüpfungspunkte findet. Das deutsche Privatrecht, insbesondere das deutsche Reichsrecht schützt den Namen zur Zeit nur in seiner Eigenschaft als kaufmännische Firma (Handelsgesetzbuch Art. 27, Fassung vom 10. Mai 1897 § 37),[2]) ferner in seiner Eigenschaft als Aufdruck auf Waren und ihrer Verpackung, auf Ankündigungen, Rechnungen und dergl. (nach dem Gesetz vom 12. Mai 1894 zum Schutz der Warenbezeichnungen

---

Bestellung eines Abwesenheitspflegers. Die dauernde Unbekanntschaft des Aufenthaltsortes endlich spielt z. B. in § 1726 III Satz 1 eine Rolle betreffs der Mutter, deren Einwilligung in die Legitimation des Kindes bei dauernder Unbekanntschaft ihres Aufenthaltsortes entbehrlich ist (ähnlich, aber minder wichtig § 1883 II Satz 2) und ferner in § 1803 III Satz 2, wonach die Zustimmung eines Dritten wegen dauernder Unbekanntschaft seines Aufenthaltes entbehrlich ist, wenn es sich um unentgeltliche, unter Lebenden erfolgte Zuwendungen dieses Dritten an ein Mündel und um Abweichungen von seinen Anordnungen über Verwaltung dieser Zuwendung handelt; und ebenso nach § 1917 III Satz 2 wegen Abweichungen von den Anordnungen des Dritten über den Pfleger, welcher statt des natürlichen Gewalthabers oder des Vormundes die unentgeltliche Zuwendung an eine gewaltunterthänige oder bevormundete Person verwalten soll.

[1]) Vgl. dazu Opet, Das Namenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 87 (N. F. Bd. 37), Freiburg, Leipzig, Tübingen 1897, S. 313—409, sowie Fischer, Der Rechtsschutz des Namens, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. VI, Berlin 1892, S. 306—315 und von Staudinger, Das Namenrecht des BGB., in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Jahrg. 62, Erlangen 1897, Nr. 12 und 13 S. 177 ff. und 193 ff.

[2]) Event. auch nach dem Reichsgesetz über Markenschutz vom 30. Nov. 1874 §§ 1, 2, 4, 10.

Digitized by Google

§§ 13 f.), und endlich unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs (nach dem Reichsgesetz vom 27. Mai 1896 §§ 8, 14).[1]) Weniger der Name, als das unter dem Namen des Autors veröffentlichte Werk und das zwischen dem Autor und seinem Werke bestehende Band, sozusagen das vinculum spirituale, ist es, was beim Schutze des Urheberrechts an litterarischen, musikalischen und Kunstwerken u. s. w. gegen Nachdruck, Nachbildung u. s. w. als das von der Rechtsordnung mit diesem Schutze umkleidete Objekt erscheint.

Der Name als solcher genoß dagegen bisher noch keinen generellen Schutz; auch die erste Lesung des BGB. kannte einen derartigen Schutz noch nicht. Ebenso waren Litteratur[2]) und Judikatur[3]) zwar im allgemeinen zu der Annahme gelangt, daß hier ein des Rechtsschutzes bedürftiges Persönlichkeitsrecht („Individualitätsrecht") vorliege, aber unangefochten war diese Auffassung keineswegs.[4])

Der neue Schutz des BGB. § 12 bezieht sich nun sowohl auf den ererbten Familiennamen, wie auf den durch Beilegung seitens der Eltern erworbenen Vornamen, desgleichen — obwohl man aus der Stellung des § 12 innerhalb der Rechtssätze über physische Personen das Gegenteil folgern könnte — nach der herrschenden Ansicht[5]) auch auf den Namen einer juristischen Person; kontrovers ist,[6]) ob durch § 12 auch der Schriftstellername, der

[1]) Schließlich wird es vom Strafgesetzbuch § 360 Nr. 8 geahndet, daß jemand sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient.

[2]) Vgl. insbes. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 1 (Leipzig 1895) § 83 S. 717 ff.

[3]) Ueber die Judikatur, insbes. auch die preußische, vgl. namentlich Riedel S. 54.

[4]) Uebrigens ist zu bemerken, daß Cosack in seinem Lehrbuche über BGB. § 12 und über das Namensrecht ganz schweigt.

[5]) Vgl. Endemann und Gareis S. 51, Endemann S. 186, 192, Kuhlenbeck S. 154, 180, Planck S. 67 Anm. 6, Gierke S. 723, Hellmann S. 16/17; a. A. Opet S. 373 ff., Fischer (a. a. O. S. 314 und) BGB. S. 6 Anm. 2, Hachenburg S. 212, Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs T. I (Göttingen 1897) S. 79 und in der Allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung Jahrg. 48 Nr. 37 (11. Sept. 1897) S. 290.

[6]) Gegen den Schutz des Pseudonyms Kommissionsprot. S. 45, Planck S. 67 Anm. 5 (Fischer a. a. O. S. 314), v. Staudinger a. a. O. S. 193 ff., für den Schutz Endemann und Gareis S. 50, Endemann S. 185 f., Riedel S. 55, Opet a. a. O.

Digitized by Google

Bühnenname oder ein sonstiger nom de guerre, kurz: das Pseudonym geschützt sei.[1])

Der Schutz greift Platz, wenn dem berechtigten Namensträger das Recht zur Namensführung bestritten wird oder wenn ein anderer durch unbefugte Führung des Namens das Interesse des berechtigten Namensträgers verletzt, z. B. wenn sich ein Karl Müller durch den Zusatz Liegnitz als Verwandten eines bekannten Dichters oder Malers Müller-Liegnitz aufspielen wollte; unbefugter Gebrauch des Namens eines andern ist es wohl auch,[2]) wenn jemand eine bekanntere lebende Person, vielleicht unter geringfügiger Veränderung ihres wahren Namens, in einem Theaterstück oder Roman handelnd auftreten läßt, z. B. einen überschneidigen Offizier mit dem Namen Brüskewitz oder einen Volksredner mit dem Namen Dahlwardt.

Die Klage[3]) würde nach gemeinrechtlicher Terminologie als actio quasi negatoria zu bezeichnen sein.[4])

Was die civilprozessualische Rubrizierung dieser Klage betrifft, so bildet § 12 bereits ein neues Streitobjekt für die Frage nach Abgrenzung der Feststellungs- und Leistungsklage. Meines Erachtens ist sowohl die positive wie die negative Feststellungsklage durchaus denkbar,[5]) § 12 selber aber faßt nur die Leistungsklage ins Auge. Denn das Ziel des Prozesses ist nach § 12 Satz 1 „Beseitigung der Beeinträchtigung", mithin eine Leistung

S. 324 ff., Kuhlenbeck S. 153, Krückmann a. a. O. S. 80 (Oester. Gerichtszeitung S. 291), Fischer-Henle S. 6 Anm. 2.

[1]) Nicht unter BGB. § 12, sondern unter das sog. Nachdrucksgesetz vom 11. Juni 1870 (§ 4) würde es dagegen fallen, wenn jemand das Pseudonym eines andern dadurch verletzt, daß er dessen Geistesprodukt ganz oder teilweise in mechanischer Weise und unter Nennung jenes Pseudonyms des Autors wiedergibt. Vgl. Weyl, Das Plagiat und seine Rechtsfolgen (in den Beiträgen zum Urheberrecht, Festgabe für den 17. Kongreß der Association internationale littéraire et artistique zu Dresden, Berlin 1895, S. 84 ff.) S. 87 ff.

[2]) Vgl. Kuhlenbeck S. 155/156.

[3]) Eine Klage auf Unterlassung der Namensführung kennt das ALR. (II, 1 § 742) nur gegenüber der geschiedenen, für schuldig erklärten Ehefrau; vgl. unten S. 126.

[4]) Kommissionsprot. S. 45.

[5]) Vgl. Opet a. a. O. S. 378, 402 f., v. Staudinger a. a. O. S. 185 f.

Digitized by Google

des Gegners, die sehr wohl in positiven Handlungen (z. B.[1]) Entfernung des angemaßten Namens vom Geschäftsschilde oder vom Briefpapier und Beseitigung im Handelsregister oder Grundbuche) bestehen kann. Liegt die Besorgnis weiterer Beeinträchtigung vor, so kann auf Unterlassung geklagt werden (§ 12 Satz 2), und dann können auch CPO. §§ 775 ff. in Anwendung kommen,[2]) indem der Beklagte wegen jeder weiteren Zuwiderhandlung gegen seine Unterlassungspflicht vom Prozeßgerichte I. Instanz zu einer Geldstrafe bis 1500 Mark oder zu Haft bis zu 6 Monaten verurteilt werden würde.

Ja sogar eine ganz anders geartete Leistungsklage kann unter Umständen Platz greifen, nämlich ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I, der ja außer dem Leben, dem Körper, der Gesundheit, der Freiheit und dem Eigentume auch „sonstige Rechte" schützt. Hier muß aber Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Beklagten vorliegen, was in den eigentlichen Fällen des § 12, in denen die objektive Thatsache der Rechtsverletzung genügt, ebensowenig nötig ist, wie das Vorhandensein eines Vermögensschadens. Ein solcher für Anwendbarkeit des § 823 I erforderlicher Schaden läge z. B. vor, wenn jemand unter Anwendung eines fremden Namens dem Namensträger ein Geschäft wegschnappt.

Der Name begegnet auch sonst noch im BGB., allerdings nicht im Zusammenhange mit der Frage nach seinem Rechtsschutze, sondern im Zusammenhange mit der Frage nach seinem Erwerbe. Aber beide Fragen stehen deshalb in engster Verbindung, weil auch der aus § 12 Klagende als Grundlage seines Anspruchs sein eigenes Recht zur Führung des bestrittenen Namens behaupten und nötigenfalls beweisen muß.[3]) Bezüglich des Namenserwerbes bietet das BGB. teils nur Auffrischung und Kodifikation althergebrachter Grundsätze, teils — zum geringeren Teile — neue Modifikationen.

[1]) Vgl. Kuhlenbeck S. 155, Fischer a. a. O. S. 311 und Fischer-Henle S. 6 Anm. 6.

[2]) Vgl. Endemann S. 185 und Kuhlenbeck S. 156 sowie Planck S. 67 Anm. 7, der (ebenso wie Fischer S. 311 f., Fischer-Henle S. 6 Anm. 9) hier mit Recht ein bereits ergangenes Urteil voraussetzt.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O.

Digitized by Google

Dem bisherigen Rechte[1]) entspricht es, daß die Ehefrau den Familiennamen des Ehemannes, das eheliche Kind den des Vaters, das uneheliche den der Mutter, das legitimierte Kind den des Vaters, das Adoptivkind den des Adoptierenden erhält[2]) (§§ 1355, 1616, 1706 I, 1719 und 1736, 1758 I Satz 1). Auch darin stimmen ALR. (II, 1 §§ 741 f.) und BGB. (§ 1577) überein, daß bei Ehescheidung die für schuldig erklärte Frau den Namen des Mannes wider seinen Willen nicht führen darf, und daß die unschuldige Ehefrau die Wahl zwischen Beibehaltung des Namens ihres Ehemannes und Wiederannahme des Geburtsnamens hat. Nur enthält das BGB. ziemlich kasuistisch anmutende Vorschriften über das Verfahren, wenn der unschuldige Ehemann von seinem Untersagungsrecht, die unschuldige Ehefrau von dem Recht auf Wiederannahme des früheren Namens Gebrauch machen will (§ 1577 III Satz 2 bis 4, II Satz 3), und außerdem für eine früher schon einmal verheiratete und jetzt geschiedene Frau Vorschriften über Wiederannahme des Namens ihres ersten Ehemannes (§ 1577 II Satz 2). — Bezüglich des unehelichen Kindes einer verheirateten Frau finden sich neue Normen in § 1706 II Satz 2 und 3, die — zum Teil auf einem Antrage der sozialdemokratischen Abgeordneten Auer und Genossen beruhend[3]) — für das Kind sehr günstig sind. — Dem Adoptivkinde gestattet BGB. § 1758 II im allgemeinen die Beifügung seines früheren Namens, ebenso wie ALR. II, 2 § 713, das aber in II, 2 § 685 bei Adoption eines Adeligen durch einen Bürgerlichen[4]) sogar eine Pflicht zur Kombination beider Namen

[1]) Vgl. ALR. II, 1 § 192, II, 2 § 58, § 640, §§ 596 und 603, §§ 682 und 688. Antiquiert sind vom 1. Jan. 1900 ab die Vorschriften über Namen der Ehefrau und des Kindes bei Ehe zur linken Hand (vgl. oben S. 90, aber auch wegen EBGB. Art. 57 f. ebenda Anm. 2) in ALR. II, 1 § 863, II, 2 § 557. Ueber die Kinder aus nichtigen Ehen vgl. ALR. II, 2 § 53 einerseits und BGB. §§ 1699 I, 1703 andererseits.

[2]) Ueber den Verlust des Namens bei Aufhebung der Adoption vgl. im allgemeinen übereinstimmend ALR. II, 2 § 715 und BGB. § 1772 (Satz 1).

[3]) Vgl. Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags Bd. IV, 1896, S. 2987 f. (Sitzung vom 26. Juni 1896) bezw. auch S. 3092 ff. (1. Juli 1896).

[4]) Vgl. zu dieser Frage jetzt v. Bülow, Ueber den Erwerb eines adeligen Familiennamens durch An-

Digitized by Google

statuiert. Das Adoptivkind einer Frau erhält nach beiden Rechtssystemen im allgemeinen deren Geburtsnamen (ALR. II, 2 § 688, BGB. § 1758 I Satz 2), die in beiden Gesetzen vorgesehenen Ausnahmen betreffen jedoch verschiedene Thatbestände, nämlich nach ALR. II, 2 § 689 den Fall, daß die Ehe der Adoptivmutter nicht mehr besteht, nach BGB. § 1758 I Satz 3 den Fall, daß das Kind von einem Ehepaare gemeinschaftlich adoptiert wird.

Über den Namen eines Findelkindes schweigt das BGB., da ja hier schon durch das Personenstandsgesetz § 24 II Vorsorge getragen ist, daß die ihm beigelegten Namen[1]) vom Standesbeamten eingetragen werden.

Während das ALR. außer dem Namen auch das Familienwappen berücksichtigte, freilich nur in einer Bestimmung seines strafrechtlichen Teiles (II, 20 § 1440 a und b), schweigt das BGB. über das Wappen gänzlich;[2]) sein Schutz wird sich aber vielleicht durch analoge Anwendung des BGB. § 12 rechtfertigen lassen.[3])

§ 22. Die Todeserklärung.

BGB. §§ 13 ff. beschäftigen sich mit der Todeserklärung, also demjenigen amtlichen Akte, durch welchen die Ungewißheit über Leben und Tod eines Verschollenen beseitigt wird. Zweck der Todeserklärung ist es, daß die familienrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnisse, welche sich an die Person des Verschollenen in aktiver oder passiver Richtung knüpfen, nunmehr eine endgültige Regelung erfahren können, da ja ein derartiger[4]) Beweis des Ablebens, wie

---

nahme an Kindesstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche) in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrg. I, 1896, Nr. 22 S. 432 ff., Brettner, ebenda Jahrg. II Nr. 12 S. 242 f.) und Mantey, Der deutsche niedere Adel und das BGB. (im Archiv für öffentliches Recht, herausg. von Laband und Störk, Bd. XIII, Freiburg, Leipzig und Tübingen 1897, S. 20 ff.), Küntzel in Gruchots Beitr. Jahrg. 41 1897 S. 443. Vgl. über Adelsnamen überhaupt auch Planck S. 66 sub 3.

[1]) Wer zur Namensbeilegung befugt sei (Finder, Ortspolizeibehörde, Standesbeamter?) verrät das Personenstandsgesetz freilich nicht.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. S. 45. Zweifelhaft ist die Richtigkeit der Bemerkung bei Scherer S. 34 sub 1 a. E.

[3]) Vgl. Krückmann a. a. O. S. 81 (Oesterr. Gerichtszeitung S. 291).

[4]) Ueber die Beweiskraft standesamtlicher Urkunden oben S. 100.

Digitized by Google

ihn in den Normalfällen die standesamtliche Sterbeurkunde ermöglicht, hier zunächst[1]) ausgeschlossen bleibt.

Die Todeserklärung gehört zu denjenigen Materien des Privatrechts, bei welchen die dermalige Rechtszersplitterung innerhalb des Deutschen Reiches ganz besonders arg war. In den Motiven[2]) finden sich nicht weniger als 23 verschiedene Gruppen von Landesgesetzen aufgezählt. Die erste Lesung hatte zwischen diesen Systemen allzu vorsichtig laviert, und so war denn das Ergebnis ein recht buntscheckiges, prinziploses. Die endgültige Fassung ist sehr viel glücklicher, insbesondere auch durch die in ihr vollzogene Verschmelzung der Todesvermutung und der Lebensvermutung; ferner auch, indem jetzt die Vorschriften über das Aufgebotsverfahren (§ 13) ausrangiert und in korrekter Weise der Novelle zur Civilprozeßordnung überlassen worden sind.[3]) Daraus erklärt sich auch der ziffermäßige Unterschied von nur 7 Paragraphen des BGB. gegen 20 Paragraphen der ersten Lesung.

Das BGB. (§§ 14 ff.) unterscheidet zwei Fälle der Verschollenheit und Todeserklärung: den gewöhnlichen Fall einfacher, nachrichtenloser Abwesenheit (§ 14) und den Fall erhöhter Lebensgefahr, in der der Verschollene geschwebt hat (§§ 15—17). Dieser Fall spaltet sich wiederum in drei Unterfälle: Kriegsgefahr (§ 15), Seegefahr (§ 16) und sonstige Lebensgefahr (§ 17). Diese Unterscheidung gipfelt darin, daß die Frist, welche abgelaufen sein muß, bevor die Todeserklärung vom Gesetzgeber gestattet wird, eine verschiedene ist. Sie beträgt in dem regulären Falle des § 14 (genau wie nach ALR. II, 18 § 823) zehn Jahre,[4]) dagegen nur drei Jahre bei

[1]) Ueber die standesamtliche Eintragung des durch Todeserklärung präsumierten Todes vgl. Personenstandsgesetz § 58 II (§§ 65 f.).

[2]) Mot. I S. 33 f. Anm.

[3]) Vgl. jetzt die Reichstagsvorlage (oben S. 115 Anm. 4) Art. I Nr. 236 (CPO. §§ 836a—836r). Materiellrechtlich ist freilich die in § 836c, 836p Abs. I erörterte Frage, wer die zum Antrage bezw. zur Anfechtungsklage berechtigte Person sei (nämlich jeder, der an der Todeserklärung bezw. an ihrer Aufhebung oder an Berichtigung des Zeitpunktes des Todes ein „rechtliches Interesse" hat).

[4]) Diese Frist ist der „abgeänderten schlesischen Praxis" entnommen; vgl. Cosack S. 67, Heilfron S. 103.

Digitized by Google

Kriegsgefahr (§ 15 I; hier verlangte ALR. I, 1 § 35 nur ein Jahr) und desgleichen drei Jahre bei sonstiger Lebensgefahr (§ 17) und gar nur ein Jahr bei Seegefahr (§ 16 I). Auch der Beginn der Frist ist ein verschiedener: nach § 14 I Satz 2 der 31. Dezember desjenigen Kalenderjahres, in welchem der Verschollene nach den zuletzt eingetroffenen[1]) Lebenszeichen noch gelebt hat;[2]) nach § 15 der Friedensschluß oder, wenn ein solcher nicht stattgefunden hat, der 31. Dezember desjenigen Jahres, in welchem der Krieg endigte, nach § 16 der Untergang des Schiffes, nach § 17 dasjenige Ereignis, welches die Lebensgefahr herbeiführte. Nun sind zwar der 31. Dezember oder der Friedensschluß oder — zumeist wenigstens — der Tag des lebensgefährdenden Ereignisses bestimmte Kalenderdaten, hingegen läßt sich der Tag, an welchem das Schiff unterging, nicht immer oder sogar nur selten kalendermäßig fixieren; darum mußte für den Fall der Seegefahr der Gesetzgeber durch eine Präsumtion nachhelfen, die des genaueren in § 16 II gegeben ist und die sowohl mit dem Falle (Satz 1) rechnet, daß gar keine Nachricht seit Abfahrt des Schiffes eintraf, wie mit dem Falle (Satz 2), daß von unterwegs doch noch Nachrichten kamen. Der vermutungs- und aushilfsweise anzunehmende Termin des Schiffsuntergangs ist im übrigen ein verschiedener — ein Jahr, zwei Jahre, drei Jahre von Abfahrt des Schiffes bezw. von der letzten Nachricht gerechnet, — je nach dem Gewässer, in welchem das Schiff fuhr; das BGB. hat also hier eine ähnliche Abstufung nach Zonen vorgenommen, wie z. B.[3]) die Wechselordnung (Art. 78, 79) für die Verjährung gewisser Regreßansprüche, wie die ältere Preußische Gesetzgebung[4]) für das Inkrafttreten von Gesetzen und wie noch jetzt betreffs des eigentlichen Reichsgebietes und der Konsularländer

[1]) Hellmann S. 7 hebt mit Recht hervor, daß es gleichgültig ist, bei wem die letzte Nachricht eintraf (ob z. B. beim Antragsteller selbst oder anderswo).

[2]) Hat er überhaupt kein Lebenszeichen mehr gegeben, so ist, wie nach ALR. I, 18 § 828 der Tag des Verschwindens entscheidend.

[3]) Vgl. auch HGB. Art. 865 ff.

[4]) Gesetz vom 3. April 1846 (Ges.S. S. 151) § 2.

Digitized by Google

das heutige Reichsrecht für das Inkrafttreten der Reichsgesetze.[1]) Die Verwertung des 31. Dezembers als Anfangspunkt der Verjährungsfrist wiederum erinnert an den Vorgang des Preußischen Gesetzes vom 31. März 1838 wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen bei gewissen Forderungen des täglichen Lebens, wie Forderungen der Kaufleute, Handwerker, Ärzte u. s. w.

Im übrigen ist zu den einzelnen Fällen noch folgendes zu bemerken:

(§ 14.) Daß die Verschollenheitserklärung das erreichte 31. Lebensjahr voraussetzt und daß die zehnjährige Frist bei Personen von 70 Jahren oder darüber auf fünf Jahre verkürzt wird, habe ich bereits (oben S. 109/110) bei Vorführung der rechtserheblichen Altersstufen erwähnt.[2])

(§ 15.) Die Kriegsgefahr mit der sich anschließenden dreijährigen Verjährungsfrist interessiert nur für Angehörige einer bewaffneten Macht: ein Begriff, der in § 15 II genauer abgegrenzt wird, der aber nicht blos auf die Angehörigen der deutschen Heeresmacht geht,[3]) sondern auch auf einen Deutschen, der in Tonking oder China kämpft.

(§ 16.) Ebenso wie § 15 knüpft auch § 16 an ältere gesetzliche Vorgänge an (Preußische Gesetze vom 24. Februar 1868 und 2. April 1872 sowie Gesetz vom 24. Februar 1851, jene beiden betreffs der Verschollenheit in den Kriegen 1864 und 1866 bezw. 1870/71, dieses betreffs der in See gegangenen Personen).[4]) Dagegen ist

§ 17 ein gesetzgeberisches Novum (der zweiten Lesung) oder hat doch nur in dem österreichischen Gesetze vom 16. Februar 1883, das nach dem Brande des Ringtheaters erging, ein Vorbild. Auch die Kommissionsprotokolle (S. 9) denken insbesondere an Unfälle bei

[1]) Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (RGBl. S. 64) Art. 2 Satz 3 und Reichsgesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 (RGBl. S. 197) § 47.

[2]) In den Fällen der §§ 15—17 ist das Lebensalter des Verschollenen gleichgültig.

[3]) Komissionsprot. S. 7.

[4]) Cosack S. 64 hält diese Gesetze anscheinend für noch zu Recht bestehend und praktisch. Richtig Weißler S. 41.

Digitized by Google

Brandkatastrophen (wobei uns jetzt unwillkürlich der Brand des Wohlthätigkeitsbazars in Paris einfällt), ferner bei Grubenkatastrophen, Überschwemmungen und Bergbesteigungen. Hinzufügen kann man noch Zugentgleisungen,[1]) Lawinenstürze und Bergrutsche, Dammbrüche, Straßenkrawalle.[2]) — Keineswegs muß es sich um Massenunfälle handeln, sondern ebenso genügt eine Lebensgefahr für das Einzelindividuum, wie sie mit den bereits erwähnten Bergbesteigungen oder mit Andrées Luftballonfahrt[3]) verbunden ist oder mit einer lebensgefährlichen Krankheit, von welcher der Betreffende nach der letzten von ihm eingetroffenen Nachricht befallen war, oder mit seinem Aufenthalte in einem von einer Epidemie heimgesuchten Orte. Derartigen Beispielen gegenüber halte ich den Ausdruck „Unfallverschollenheit", welcher sich zur Bezeichnung des in § 17 gemeinten Falles einbürgern zu wollen scheint,[4]) nicht für passend, wenngleich er allerdings die Mehrzahl der Fälle decken wird.[5])

Unter § 17 gehört unzweifelhaft auch der Untergang eines Fähr- oder Fischerbootes in einem Flusse oder der Untergang eines Hafffahrzeugs im Haff; daraus entsteht folgende eigentümliche Konsequenz: Die beiden Brüder X und Y fahren zu gleicher Zeit vom Pillauer Hafen aus, der eine, um im Haff, der andere, um auf See[6]) den Fischfang auszuüben; der Sturm, welcher sich später erhebt, bringt beide Fischerboote zum Kentern. Nun kann die Todeserklärung des Seefischers bereits nach einem Jahr erfolgen (falls die Trümmer des Bootes gefunden werden) oder doch nach zwei Jahren (falls die Trümmer nicht gefunden werden, der Untergang des Bootes also nach der Vermutung des § 16 II bestimmt werden

[1]) Planck S. 72 Anm. 1.

[2]) Vgl. Cosack S. 64.

[3]) Auch Ueberbordfallen eines einzelnen Passagiers. Vgl. Mot. I S. 41, Heilfron S. 105 und Fischer-Henle S. 8 Anm. 2.

[4]) Vgl. Gareis S. 4 Anm. 2, Endemann S. 188, Hellmann S. 6, Heilfron S. 104. Dagegen vermeiden diesen Ausdruck die Protokolle (S. 9). Ueber Fischer-Henles Ausdruck „Landgefahr" vgl. unten S. 132 Anm. 1.

[5]) Ueber die Fristberechnung, wenn das gefährliche Ereignis sich auf mehrere Tage erstreckt, vgl. Planck S. 72 Anm. 2.

[6]) Auch hier sind m. E. die Voraussetzungen des § 16 I „bei einer Seefahrt auf einem (während der Fahrt untergegangenen) Fahrzeuge" gegeben.

Digitized by Google

muß). Dagegen kann die Todeserklärung des Haffschiffers erst nach drei Jahren erfolgen![1])

Die Wirkung der durchgeführten Todeserklärung ist nun nicht etwa die endgültige Beseitigung des Verschollenen für das Rechtsleben, sondern (nach § 18 I) nur die möglichenfalls widerlegbare[2]) Vermutung, daß er gestorben sei,[3]) und zwar in demjenigen Zeitpunkte, welchen das Urteil festgestellt hat. In dieser Hinsicht wird nun der Richter durch die gesetzlichen Vorschriften des § 18 II gebunden. Zunächst können ja die im Todeserklärungsverfahren angestellten Ermittlungen einen positiven Anhalt geben, z. B. daß der Soldat in einer bestimmten Schlacht gefallen ist oder jedesfalls

[1]) Ebenso greift die dreijährige Frist Platz, wenn ein zur Fahrt von Königsberg nach Kopenhagen bestimmter Dampfer, etwa infolge einer Kesselexplosion, bereits im Hasse oder schon gar im Pregel untergeht und einer von den Matrosen oder Passagieren nicht mehr aufzufinden ist. Desgleichen, wenn ein Segelboot, das an einer Regatta in Stettin teilnehmen will, bereits im Hasse oder im Pregel kentert. — Die kürzere, blos einjährige Frist des § 16 I ist in diesen Fällen nicht anwendbar, es sei denn, daß man die m. E. irrige Auffassung der Mot. I S. 40 und Plancks S. 71 Anm. 2 (vgl. auch Fischer-Henle S. 8 Anm. 1, wo dieser Fall des § 17 als „Landgefahr" bezeichnet wird) teilt: in derartigen Fällen einer geplanten Seereise liege schon vor Ankunft auf hoher See nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche und nach der Ansicht des Gesetzgebers eine wirkliche Seereise vor. Mit derselben Logik müßte man dann auch sagen, daß, wenn ein zur Seefahrt bestimmter Segler oder das kleine Boot eines Seefischers (vgl. vorige Anmerkung) vom Sturme aus der See ins Haff verschlagen wird und im Hasse untergeht, die kurze Frist des § 16, nicht die längere Frist des § 17 Anwendung finde. Und wie soll man entscheiden, wenn umgekehrt ein Haffahrzeug, das sich bisher nie auf See gewagt hat, in Pillau oder Memel auf die See verschlagen wird? — Ich glaube, man wird von dem Zwecke und Ziele der Reise ganz abstrahieren müssen und lediglich den Effekt entscheiden lassen, d. h. den Ort, wo der Untergang des Fahrzeugs stattfindet. Daß dabei dann sehr oft und gerade in den erwähnten Beispielen der bloße Zufall das entscheidende Wort spricht, darf uns nicht beirren. Denn überall da, wo der Gesetzgeber zeitliche oder räumliche Grenzlinien zieht, wo er also durch Einführung von Fristen und Zonen eine positive Entscheidung des Dilemmas trifft, wird stets ein inkommensurabeler Rest von Willkürlichkeiten übrig bleiben.

[2]) Ueber das Verfahren beim Gegenbeweis vgl. Riebel S. 51. Uebrigens geben ja auch die standesamtlichen Sterbeurkunden nur eine Vermutung; vgl. oben S. 100 und auch Cosack S. 63 sub II. Ueber den Gegenbeweis vgl. auch ALR. II, 18 § 841 f.

[3]) Daß bisweilen allerdings ein endgültiger Effekt mit der Todeserklärung verbunden ist, hebt Planck S. 74 Anm. 6 unter Hinweis auf BGB. §§ 1348 ff., 1420, 1494, 1544 richtig hervor.

Digitized by Google

während der achttägigen Belagerung seiner Festung. Mangels derartiger positiver Anhaltspunkte greifen die detaillierten Vorschriften des § 18 II Platz, in welchen alle gesetzlichen Einzelfälle Berücksichtigung finden und durch welche zweifellos der Sachlage besser Rechnung getragen wird, als wenn die Bestimmungen älterer Gesetze[1]) den von allerlei Zufälligkeiten und Willkürlichkeiten abhängigen Tag des Urteils oder seiner Rechtskraft[2]) entscheiden ließen.

Das Todeserklärungsurteil hat nun absolute Wirkung, d. h. es wirkt für und gegen jedermann — den Verschollenen wie dritte Personen —; es hat ferner aber deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung, d. h. es stellt nachträglich und mit rückwirkender Kraft ex tunc fest, daß der Verschollene z. B. am 10. Juli 1898, dem Tage des Friedensschlusses, oder am 31. Dezember 1899 gestorben ist, dem letzten Tage des Kalenderjahrs, in welchem die zehnjährige Frist des § 14 I abgelaufen ist; die Verschiedenartigkeit und die Kontroversen, welche sich hinsichtlich der deklaratorischen oder konstitutiven Wirkung der Todeserklärung aus dem gegenwärtigen Rechtszustande in Deutschland ergeben,[3]) sind also im BGB. glücklicherweise beseitigt.

Eine sehr angenehme Vereinfachung des Rechtszustandes ist es sodann vor allem, daß der präsumtive Todestag auch insofern maßgebend ist, als bis zu seinem Ablaufe (und nicht etwa, wie nach ALR. I, 1 § 38, bis zum vollendeten 70. Lebensjahr) zugleich das Weiterleben des Verschollenen angenommen wird; und zwar geschieht dies auch dann, wenn noch keine Todeserklärung erfolgte, weil sie z. B. noch nicht beantragt werden konnte. Es entspricht also der Todespräsumtion des § 18 eine Lebenspräsumtion aus § 19 und beide fallen nicht etwa, wie nach ALR., auseinander.[4]) Dagegen ist in der zweiten Lesung durch § 20 die sogenannte Über-

[1]) ALR. II, 1 § 665 (betreffs der Erbfolge der Ehegatten: Tag des Urteils) und II, 18 § 835 (betreffs Bestimmung der Erben: Tag der Rechtskraft; ebenso ganz allgemein österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch § 278).

[2]) Vgl. aber auch für das BGB. (§§ 1884 II, 1885, 1878, 1921 III) die Bemerkungen bei Planck S. 75 zu § 18.

[3]) Vgl. Mot. I S. 47/48.

[4]) Vgl. auch Eck S. 5 f.

Digitized by Google

lebenspräsumtion für Kommorienten beseitigt worden, welche das gemeine Recht[1]) dahin gekannt hatte, daß das unmündige Kind vor, das mündige Kind nach dem Ascendenten gestorben sei, welche aber auch schon dem ALR. (I, 1 § 39) fremd war.

Von einem ganz anderen Falle, nämlich von dem Falle, daß jemand nachweisbar und an einem nachweisbaren Tage gestorben ist, sprechen die bereits bei anderer Gelegenheit (S. 103) erwähnten Bestimmungen in BGB. § 844 II Satz 1 und EBGB. Art. 42 Nr. I § 3 Abs. II Satz 1, indem sie die mutmaßliche Lebensdauer eines auf gewaltsame Weise ums Leben Gebrachten ins Auge fassen, dem Richter aber für deren Abschätzung keinerlei Anhaltspunkte geben.

Soviel über die Verschollenheit und über die Todeserklärung selber. Wir müssen uns aber noch über ihre indirekten Wirkungen unterrichten, wobei ich allerdings nur die wichtigsten Konsequenzen erwähnen will.[2])

Zu den Wirkungen der bloßen Verschollenheit als solcher gehört es, daß die Vormundschaft über ein verschollenes Mündel vom Vormundschaftsgericht aufgehoben werden kann (§ 1884 I Satz 1) und[3]) daß einem abwesenden Volljährigen, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, ein Pfleger bestellt wird (§ 1911 I Satz 1).

Was die Wirkungen der durchgeführten Todeserklärung betrifft, so ist insbesondere folgendes zu bemerken: die Erbfolge ins Vermögen des für tot Erklärten wird eröffnet (zu folgern aus

[1]) L. 9 § 4 D. de rebus dubiis 34, 5 (Riedel S. 46 citiert sub b irrtümlich l. 11 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11). Vgl. Oesterreichisches Bürgerliches Gesetzbuch § 25, Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 2007, welche diese Ueberlebenspräsumtion nicht mehr aufgenommen haben.

[2]) Im übrigen vgl. außer den wegen der Wiederkehr des Verschollenen citierten Stellen noch BGB. §§ 2252 IV, 2370 sowie (in der bisherigen Litteratur übersehen) §§ 927 I Satz 3, 1847 I Satz 2, 1974 I Satz 2.

[3]) Doch muß es sich hier durchaus nicht um Verschollenheit handeln. Man nehme z. B. an, daß jemand auf Reisen ist, auch sehr oft Lebenszeichen nach der Heimat sendet, selber aber nicht brieflich oder telegraphisch erreicht werden kann, weil man seine jeweilige Adresse nicht weiß. — In derartigen Fällen würde dann auch z. B. § 1677 I (Ruhen der elterlichen Gewalt) Platz greifen. Diese Fälle (vgl. auch zu § 1305 II Rehbein S. 263) grenzen schon nahe an diejenigen, in welchen lediglich die Abwesenheit einer Person Fürsorgemaßregeln rechtfertigt; vgl. § 1911 II, §§ 1358 II Satz 2, 1379 II, 1401, 1447 II, 1450.

Digitized by Google

§ 1922 I),[1]), der zurückbleibende Ehegatte darf eine neue Ehe eingehen (§ 1348 I), die Verwaltungs- und Nutznießungsbefugnis des verschollenen Ehemannes hört auf und es tritt Gütertrennung ein (§§ 1420, 1426 I) und auch sonst finden Veränderungen in den güterrechtlichen Angelegenheiten des Ehepaares statt (§§ 1494 II, 1544, 1545 I); auch die elterliche Gewalt des verschollenen Vaters hört auf (§ 1679 I) und an ihre Stelle tritt die elterliche Gewalt der Mutter (§ 1684 II), die aber gleichfalls bei Verschollenheit der Mutter endet (§ 1686).

In den zuletzt erwähnten Fällen (§§ 1420, 1494 II, 1544, 1679 I und 1684 II) wird ausdrücklich gesagt, daß die Wirkungen mit demjenigen Tage Platz greifen, den der Richter als Todestag angenommen hat,[2]) und das Gleiche wird wegen der Erbfolge in das Vermögen des Verschollenen (§ 1922 I) anzunehmen sein, während die Ehe des Verschollenen als solche (abgesehen von der Auseinandersetzung über das gemeinschaftliche Vermögen) erst mit dem neuen Hochzeitstage des zurückgebliebenen Ehegatten als beendet gilt (§ 1348 II Satz 1).

Dagegen ist es der Tag des Urteilserlasses, an welchen sich die Wirkungen in einigen anderen Fällen anknüpfen, offenbar[3]) weil bei ihnen zwar auch eine Vermögensverwaltung vorliegt, aber nicht zugleich, wie betreffs des Ehemannes und des Inhabers der elterlichen Gewalt, eine Nutznießung an diesem Vermögen stattfand, so daß also auch nicht wegen der Auseinandersetzung über diese Nutznießung eine Rückdatierung der Wirkung auf den präsumierten Todestag geboten scheint. Der Tag des Urteilserlasses ist maßgebend für Beendigung der Vormundschaft oder Abwesenheitspflegschaft[4]) über den Verschollenen (§ 1884 II und § 1921 III) und für Be-

[1]) ALR. II, 18 §§ 834 und 839 heben dies wegen der Intestaterbfolge und Testamentspublikation ausdrücklich hervor, beidemale soll jedoch der Tag der Rechtskraft maßgebend sein; selbstverständlich kann auch nach dem BGB. das Testament nicht vor Rechtskraft des Urteils publiziert werden.

[2]) Hier kann man dann wohl auch mit Hellmann S. 9 zu Anm. 1 von ausnahmsweise Platz greifender konstitutiver Wirkung des Urteils sprechen.

[3]) Die Mot. schweigen darüber.

[4]) Wegen ALR. II, 18 § 834 vgl. oben Anm. 1.

Digitized by Google

endigung der vom Verschollenen selber geführten Vormundschaft, Gegenvormundschaft, Pflegschaft u. s. w. (§§ 1885 II,[1]), 1895, 1878 I, 1915 I, 1694 I). Vgl. ferner § 1349 a. E.[2])

Der Tag der Rechtskraft des Urteils, welcher nach älteren Kodifikationen mehrfach entscheidend war (so z. B. nach ALR. II, 18 § 835 für die Beurteilung der Intestaterbfolge), hat nach dem BGB. in Angelegenheiten der Todeserklärung keinerlei Bedeutung.[3])

Kehrt der für tot Erklärte zurück, so kann er die ihm verlorene elterliche Gewalt über seine Kinder durch einfache Erklärung seines diesbezüglichen Willens beim Vormundschaftsrichter zurückgewinnen (§ 1679 II); der Klage auf Wiederherstellung seiner Rechte bedarf es dagegen für den zurückkehrenden Ehemann, welcher die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens der Ehefrau wieder an sich ziehen will (§ 1425 I Satz 2). Die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§§ 2018 ff.) greifen Platz, wenn der Zurückkehrende sein dem Erbgange anheimgefallenes Vermögen zurückverlangt (§ 2031 Satz 1, daselbst Satz 2 über den Beginn der einjährigen Verjährungsfrist für den Anspruch). Die rechtlich und vor allem auch für das praktische Leben interessanteste Frage, was mit der neuen Ehe geschehen solle, welche der zurückgebliebene Ehegatte inzwischen geschlossen hatte, also der Konflikt, welcher so gern von Romanschriftstellern behandelt worden und insbesondere aus Tennysons „Enoch Arden" und Wicherts „Für tot erklärt" bekannt ist,[4]) wird im BGB. (§§ 1348 ff.) dahin gelöst, daß der Zurückkehrende die neue Ehe nicht anfechten darf (nach dem Code civil a. 139 besaß gerade er und nur er das Anfechtungsrecht), sondern nur einer der Ehegatten der neuen Ehe (also

[1]) Vgl. aber auch wegen § 1886 die richtige Bemerkung von Hachenburg S. 79.

[2]) ALR. II, 1 § 665 läßt den Tag der Urteilspublikation auch für die Erbfolge des zurückgebliebenen Ehegatten entscheiden.

[3]) In § 1548 I Satz 1 ist natürlich nicht die Rechtskraft des Urteils über die Todeserklärung gemeint, sondern die des Urteils, durch welches der Klage des Ehemanns auf Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1547 II) stattgegeben wird. Ebenso gehört § 1425 II nicht hierher.

[4]) Vgl. ferner Hachenburg S. 77 sowie Rehbein in der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. II (1897) S. 197 f. (und auch Francke ebenda S. 382 f.).

Digitized by Google

nicht blos, wie nach Sächsischem BGB. § 1710, der Zurückgebliebene, sondern auch dessen zweiter Ehegatte),[1]) aber nur binnen einer (dem Sächsischen BGB. entnommenen)[2]) sechsmonatlichen Frist seit Kenntnis vom Leben des Verschollenen (§ 1350 I). Die Anfechtung darf auch nicht mehr erfolgen, wenn der Anfechtungsberechtigte nach diesem Zeitpunkt die neue Ehe bestätigt hat, oder über das Grab hinaus, wenn die neue Ehe bereits durch den Tod eines der Ehegatten endgültig aufgelöst worden war (§ 1350 II). Wurde von dem Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht, so äußert aber auch die angefochtene Ehe, mit deren Schließung die ursprüngliche Ehe als aufgelöst galt (§ 1348 II Satz 1), ihre Wirkungen noch insofern weiter, als der anfechtende Teil dem andern Teile der neuen Ehe alimentationspflichtig ist, wie wenn die neue Ehe geschieden (§ 1351) und der Anfechtende allein für schuldig erklärt worden wäre (§§ 1578—1582).[3])[4])

Damit sind die Vorschriften des BGB. über die physischen Personen erschöpft oder vielmehr diejenigen Vorschriften, welche das ALR. über diesen Punkt ex professo unter einer gemeinsamen Überschrift zusammenstellt. Denn wie wir beispielsweise viele andere Gesetzesparagraphen kennen gelernt und zusammengestellt haben, die über die rechtserheblichen Altersstufen sprechen, so finden sich auch noch eine Menge anderer Stellen, aus denen sich personenrechtliche Grundsätze entwickeln lassen und rechtserhebliche Eigenschaften der physischen Personen ergeben. Ich meine die Normen über die Einwirkung des Standes, der Religion, des Geschlechts, der Staatsangehörigkeit, der Ehe, der Krankheit und der Konkurseröffnung

[1]) Das ALR. II, 1 § 666 läßt die zweite Ehe trotz Rückkehr des Verschollenen fortbestehen, gibt aber (II, 2 § 450) ausdrückliche Vorschriften über die unerwartete Rückkehr eines im Testamente übergangenen Noterben. Das Oesterreichische Gesetzbuch (§§ 112 ff.) schweigt über Anfechtung der neuen Ehe gänzlich.

[2]) Vgl. oben S. 58 Anm.

[3]) Die Kenntnis eines der neuen Ehegatten vom Leben des angeblich Verschollenen, also seine mala fides, entzieht ihm sowohl das Anfechtungsrecht (§ 1350 I Satz 1) wie den Alimentationsanspruch (§ 1351).

[4]) Wegen der örtlichen und zeitlichen Gesetzeskollision vgl. EBGB. Art. 9, 158—162.

Digitized by Google

auf die Rechtsverhältnisse. Wir wollen darum, ehe wir uns zu den juristischen Personen wenden, diese Angelegenheiten erörtern und uns die zerstreuten Gesetzesparagraphen zusammensuchen. Auch hier ist alsdann unser augenblicklicher Zeitaufwand gleichbedeutend mit späterer Zeitersparnis.

Zuvor aber will ich konstatieren, daß man das prinzipielle Stillschweigen des BGB. über diese Punkte und die nur gelegentlich erfolgende Hervorhebung der durch sie begründeten Rechtsverschiedenheiten als Beweis dafür nehmen darf, daß das BGB. von dem Prinzipe der Rechtsgleichheit aller Individuen ausgeht.[1])

§ 23. Der Geburts- und Berufsstand.

Wenden wir uns zunächst zur Betrachtung des Standes,[2]) so müssen wir uns daran erinnern, daß im Rechtsleben sowohl der Geburtsstand wie der Berufsstand von Bedeutung sind.

Der Geburtsstand kann vor allem den Unterschied zwischen Freien und Unfreien begründen; doch ist dieser Unterschied der modernen Kulturanschauung fremd und deshalb im BGB. nicht einmal gestreift.[3]) Dann begründet die Geburt den Unterschied zwischen Bürgerstand und Adel, und dieser Unterschied wird allerdings noch nach dem 1. Januar 1900 erheblich sein. Denn zufolge EBGB. Art. 57—61 bleiben die partikularrechtlichen Normen unberührt, soweit sie den hohen Adel betreffen und auf dessen Befugnis zur autonomen Gesetzgebung beruhen (vgl. oben S. 51 f.; vgl. auch Art. 59 wegen einiger gerade beim Adel üblicher immobiliargüterrechtlicher Verhältnisse, sowie Art. 3 wegen Erlasses neuer Sonderrechtsnormen).

Der Berufsstand[4]) begründet nach der Auffassung des BGB. im allgemeinen auch keine Rechtsverschiedenheit. Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß eine große Zahl anderer Kodifikationen,

[1]) Vgl. Mot. I S. 25 und auch Endemann S. 88, Riedel S. 36, Planck S. 51 sub 3.

[2]) Ausführlich auch Hachenburg S. 150 ff.

[3]) Höchstens wäre es aus EBGB. Art. 7 herauszulesen.

[4]) Der Beruf findet sich, ohne daß jedoch diese Stellen in obigen Zusammenhang gehören, in §§ 1610 II, 1708 I Satz 2, 2050 II und 1835 II erwähnt.

Digitized by Google

die neben dem BGB. in Geltung bleiben (vgl. EBGB. Art. 32), solche Standesunterschiede aufstellen und sich mehr oder weniger als Sondergesetze für einen bestimmten Berufsstand kennzeichnen. So an Reichsgesetzen insbesondere das Handelsgesetzbuch,[1]) die Gewerbeordnung, das Reichsmilitärgesetz[2]) und das Reichsbeamtengesetz[3]) sowie die Arbeiterversicherungsgesetze;[4]) sie enthalten Sonderrechte der Kaufleute, der Gewerbetreibenden, der Soldaten, des Beamtentums und des Arbeiterstandes. Ferner an landesrechtlichen Normen etwa die Berggesetze (vgl. EBGB. Art. 67). — Die Vorschriften des BGB. selber, welche Sonderrechtsnormen aufstellen, betreffen folgende Stände:

Militärs und Beamte sowie Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten[5]) und Geistliche. Vgl. BGB. § 411 (oben S. 38/39) wegen Benachrichtigung der das Gehalt auszahlenden Kasse über Gehaltsabtretungen,[6]) § 570 wegen eines außerordentlichen Rechtes zur Kündigung der gemieteten Wohnung (aber nicht, vgl. § 596 III, zur Kündigung eines Pachtvertrages).

Militärpersonen allein kommen noch in Betracht zufolge der uns bereits bekannten §§ 9 und 15 (Wohnsitz und Kriegsverschollenheit); dann wegen des Soldatentestaments (Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44, aufrecht erhalten zufolge EBGB. Art. 32, 45), welches fortab (EBGB. Art. 44) auch für Marinesoldaten anwendbar ist; endlich wegen des Konsenses ihrer Vorgesetzten zur Eheschließung (BGB. § 1315 I und dazu Reichsmilitärgesetz § 40, § 60 Nr. 4).

Dieses Erfordernis des Ehekonsenses bleibt auch für Landesbeamte bestehen (§ 1315 I cit.). Sondervorschriften für Beamte

[1]) Namentlich in seiner neuen Fassung vom 10. Mai 1897 (vgl. Buch I Abschn. I §§ 1 ff.).

[2]) Zu diesem Gesetze vgl. EBGB. Art. 44 und 45.

[3]) Hierzu vgl. EBGB. Art. 43.

[4]) Auf diese ist in BGB. §§ 616 Satz 2, 617 II angespielt, wo von den Leistungen auf Grund der Kranken- und Unfallversicherung bezw. auf Grund einer Versicherung die Rede ist.

[5]) Wegen der Privatlehrer vgl. BGB. § 622.

[6]) Im Interesse der Sicherstellung der Kassenbeamten und der ordentlichen Kassenführung. Mot. II S. 140.

Digitized by Google

sind ferner außer in den schon besprochenen §§ 411 und 570 enthalten in § 1784 und § 1888, welche von der Führung einer Vormundschaft durch einen Beamten oder Religionsdiener sprechen. § 1784 macht die Übernahme einer Vormundschaft für sie von Einholung der partikularrechtlich etwa vorgeschriebenen Genehmigung abhängig (während die Preußische Vormundschaftsordnung § 22 das Gleiche für Staatsbeamte und besoldete Beamte in der Kommunal- oder Kirchenverwaltung bestimmt), § 1888 (welcher dem § 63 der Vorm.-Ordg. entspricht) verpflichtet das Vormundschaftsgericht zu ihrer Entlassung aus dem Amte als Vormund, sofern die partikularrechtlich vorgeschriebene Erlaubnis versagt oder zurückgenommen wird. — Sodann äußern sich §§ 839 und 841[1]) über die Verbindlichkeit der Beamten zum Schadensersatze wegen Amtspflichtverletzungen. In dies Kapitel gehören auch EBGB. Art. 77—81, durch welche gewisse landesrechtliche Vorschriften aufrecht erhalten werden; von diesen Vorschriften beziehen sich Art. 80 und 81 zugleich auf Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten.

Von besonderen Kategorien der Beamten ist die Rede in §§ 456 ff., welche den Versteigerungsbeamten (und ihren Gehilfen und Protokollführern) die Befugnis zum Ankaufe der Versteigerungsobjekte entziehen oder doch wenigstens von Zustimmung der Interessenten (§ 458 I Satz 1) abhängig machen. — Ferner sind Sondervorschriften über die Richter, Notare und Gerichtsschreiber[2]) enthalten in § 2235, wonach diese bei Testamentserrichtung nicht mitwirken dürfen, wenn sie im Testamente bedacht werden oder wenn sie mit einem Honorierten nahe verwandt oder verheiratet sind.[3])

Das sind aber auch alle Einwirkungen der Standesunterschiede, welche das BGB. kennt;[4]) in Fortfall gekommen (EBGB.

---

[1]) Zu diesen Vorschriften eingehend Hachenburg S. 153 ff.

[2]) Betreffs des Gerichtsschreibers vgl. auch EBGB. Art. 149 I.

[3]) Das gleiche gilt betreffs des zugezogenen Dolmetschers (§ 2244 I Satz 2). Ins Testamentswesen gehört auch der von Wahlkonsuln redende Art. 38 des EBGB.

[4]) Nicht hierher gehört es natürlich, wenn das BGB. z. B. in §§ 1640 II Satz 1, 2121 III, 2314 I Satz 3 von den Funktionen der zuständigen Beamten oder Notare spricht. Ebenso-

Digitized by Google

Art. 55) sind daher z. B. die Beschränkungen, welche das ALR. (I, 11 §§ 678 ff.) für die Darlehensfähigkeit der Militärpersonen aufstellte, während die Beschränkungen der Prinzen und Prinzessinnen des Königlichen Hauses in der Darlehensfähigkeit durch EBGB. Art. 57 aufrecht erhalten worden sind, weil sie ja auf Landesgesetz beruhen. Antiquiert ist ferner das besondere Schmerzensgeld, welches ALR. I, 6 §§ 112 f. für Personen vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstande bewilligt, und antiquiert ist die Vorschrift ALR. II, 1 § 701, wonach wegen bloß mündlicher Beleidigungen und Drohungen, sowie wegen geringer Thätlichkeiten Eheleute gemeinen Standes nicht geschieden werden dürfen.

Nicht unter die Frage nach den Geburts- und Berufsständen, sondern unter die rechtlich kaum präzisierbare Frage nach der sozialen Lebensstellung gehört es, wenn das BGB. bisweilen[1]) von standesgemäßem Unterhalt[2]) spricht, welcher das Maß für die Alimentationspflicht der Verwandten (§ 1610 I)[3]) und des geschiedenen, für schuldig erklärten Ehegatten (§ 1578 I und II) bildet; die Gefährdung des eigenen standesgemäßen Unterhalts berechtigt dazu, die Erfüllung dieser Alimentationspflicht zu verweigern (§ 1603 I, § 1579 I Satz 1); sie berechtigt ferner den Schenker, das Geschenk zurückzufordern (§ 528 I Satz 1) und befreit von der uns schon bekannten, auf Billigkeitserwägungen beruhenden Schadensersatzpflicht der an sich civilrechtlich unverantwortlichen Personen (§ 829; vgl. oben S. 75).

Hier hat die Erwähnung der Standesgemäßheit keinen anderen Sinn als die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse, wie sie für den gleichen Fall (des § 829) und auch sonst angezeigt ist,

---

wenig interessieren für die Frage nach dem Berufsstand § 113, der von einem Arbeits- und Dienstverhältnis des Minderjährigen handelt, und die bereits oben S. 139 Anm. 4 erwähnten §§ 616 ff.

[1]) Unrichtig meint Hachenburg S. 150, dieser Ausdruck sei überall durch den Ausdruck „der Lebensstellung entsprechend" ersetzt worden.

[2]) Ganz vereinzelt ist von standesgemäßer Beerdigung (§ 1968) und standesgemäßer Bedienung (§ 1093 II) die Rede.

[3]) § 1610 II grenzt alsdann diese Pflicht genauer ab.

Digitized by Google

z. B.[1]) (nach §§ 1578 I und II, 1579 I Satz 2 und II) für die Alimentationspflicht des schuldigen Ehegatten und für die Kollationspflicht der Descendenten (§ 2050 II).[2]) Und ähnliche Bedeutung hat die Berücksichtigung der Lebensstellung z. B. für die wechselseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten durante matrimonio (§ 1360 I und II) sowie die Berücksichtigung der Lebensstellung der unehelichen Mutter für den Alimentationsanspruch des Kindes gegen den unehelichen Vater (§ 1708 I Satz 1; vgl. oben S. 64).[3]) Ähnlich ist es ferner, wenn der Bildungsgrad eines Menschen vom Gesetzgeber berücksichtigt wird, indem Personen, die Geschriebenes nicht lesen können, ihr Testament nur mündlich zu Protokoll, und Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, nur unter Zuziehung eines Dolmetschers errichten dürfen (§ 2238 II, § 2244 f.).[4])

§ 24. Die Krankheit.

Die Einwirkungen der Krankheit haben wir schon ins Auge gefaßt, soweit psychische Erkrankung[5]) zur Entmündigung führt. Auch sonst ist (physische) Krankheit im Privatrecht bedeutsam, freilich nicht in dem Maße, wie im modernen öffentlichen Recht, wo sich um diesen Begriff die neuen Errungenschaften der Krankenversicherung, Unfall- und Invaliditätsversicherung gruppieren. Die wichtigsten Einwirkungen der körperlichen Krankheit sind folgende:[6])

Krankheit des Dienstpflichtigen verpflichtet den Dienstberechtigten zur Fürsorge gemäß der Vorschrift des § 617, die wir bereits in einer der Einleitungsstunden als eine sozialpolitische Neuerung

[1]) Nicht dahin gehört § 2072, der in einem ganz andern Zusammenhange von den „Armen" spricht.

[2]) Vgl. auch BGB. § 1779 II Satz 1.

[3]) Vgl. auch § 2155 I.

[4]) Der Bildungsgrad wird auch entscheidend sein für die Frage, ob die diligentia quam suis vernachlässigt ist (§ 277).

[5]) Hieher gehören auch BGB. §§ 104 Nr. 2, 105 II, 827 Satz 1 (vgl. oben S. 112 a. E.).

[6]) Vgl. außerdem EBGB. Art. 42 Nr. I § 3 I Satz 1 und Art. 46 Nr. II § 50. Nicht in Zusammenhang gehört BGB. § 2250 I. Von den bisherigen Darstellungen des neuen bürgerlichen Rechts schweigen die meisten über die Einwirkung der körperlichen Krankheit (vgl. nur Cosack § 21 II S. 74, Heilfron S. 138 ff.) und ebenso die Motive I S. 26 f.

Digitized by Google

begrüßten (oben S. 61/62); Krankheit des konsensberechtigten Ehegatten führt in einer Reihe von Angelegenheiten des ehelichen Güterrechts zu einer Ergänzung dieses Konsenses durch das Vormundschaftsgericht (vgl. §§ 1358 II Satz 2, 1379 II, 1401, 1447 II, 1450).[1]) — Körperliche und geistige Gebrechen, die bekanntlich im Recht des deutschen Mittelalters vom Gesichtspunkte der mangelnden Streitbarkeit und Wehrhaftigkeit sehr erhebliche Einschränkungen herbeiführten, können eine Pflegschaft überhaupt oder doch für einzelne Angelegenheiten rechtfertigen (§ 1910 I und II, ebenso Preußische Vormundschaftsordnung § 81 Nr. 3, § 90) und desgleichen eine Prolongation der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters (§ 1708 II, ebenso ALR. II, 2 § 637); Krankheit und Gebrechen gestatten die Ablehnung einer Vormundschaft u. s. w. (§ 1786 I Nr. 4; vgl. Preußische Vormundschaftsordnung § 23 Nr. 4); die in dem erwähnten § 1910 I besonders aufgeführten Zustände der Taubheit, Stummheit und Blindheit, oder vielmehr *Taubheit* und *Stummheit* werden auch sonst noch genannt: Taubheit und Stummheit zusammen, indem bei Taubstummen ebenso wie bei Personen zwischen 7 und 18 Jahren die Frage geprüft werden muß, ob sie die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besessen haben, um für Schadenszufügung verantwortlich gemacht werden zu können (§ 828 II Satz 2); die Stummheit allein, indem die stummen oder sonst — z. B. durch Lähmung — am Sprechen verhinderten Personen ein Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten dürfen (§ 2243 I Satz 1).[2]) Im allgemeinen wird durch derartige Zustände also die Geschäftsfähigkeit ebensowenig tangiert, wie nach ALR. (I, 5 § 24), dessen erschwerte Formvorschriften für Verträge der Blinden, der Taubstummen und Analphabeten (I, 5 §§ 171 ff.) ins BGB. nicht übergegangen sind; das hat seine innere Berechtigung darin, daß

[1]) Es sind dies die gleichen Fälle, in welchen Abwesenheit des Ehegatten zu demselben Ergebnis führt; vgl. oben S. 134 Anm. 3.

[2]) Betreffs der Behandlung tauber und stummer (blinder, an den Händen gelähmter und schreibensunkundiger) Testatoren im preußischen Rechte vgl. ALR. I, 12 §§ 26, 113 f., 123.

Digitized by Google

es dank der gehobenen Volksbildung Analphabeten heutzutage fast gar nicht mehr gibt und daß auch für die Ausbildung und dadurch für die geistige Reifung der Blinden und Taubstummen, mithin also auch für ihre Vertragsfähigkeit sehr viel geschehen ist.[1])

§ 25. Der Geschlechtsunterschied.

Auch der Unterschied des Geschlechtes[2]) führt im allgemeinen keine Rechtsverschiedenheit herbei (wie dies ausdrücklich schon ALR. I, 1 § 24 bestimmte). Daß gewisse Rechtsverhältnisse auf der einen Seite eine weibliche Person voraussetzen (z. B. die schon bei anderer Gelegenheit, oben S. 63 f., erwähnten Ansprüche einer zum Beischlafe verführten Frauensperson und die gleichfalls erwähnten Ansprüche der außerehelich Geschwängerten), gehört sozusagen zum Thatbestande der betreffenden Normen und ist daher für die vorliegende Frage nur von mittelbarem Interesse. Desgleichen, daß eine Ehefrau als solche im Eherecht überhaupt und besonders im ehelichen Güterrecht[3]) gewisse Einschränkungen erleidet, an denen der Gesetzgeber festhalten zu müssen glaubte. Auch dies habe ich bei Erörterung der Frauenfrage gestreift (oben S. 82) und ebenso hob ich schon hervor, daß die weiblichen Personen im BGB. weit günstiger gestellt sind, als im älteren Privatrecht, zumal sie die wichtige Errungenschaft einer elterlichen Gewalt über ihre Kinder bei Fortfall der elterlichen Gewalt des Vaters zu verzeichnen haben und zumal (abgesehen von jenen güterrechtlichen Einschränkungen der Ehefrau) die Geschäftsfähigkeit des Weibes[4]) jetzt eine ebenso vollkommene ist, wie die des männlichen Individuums. Freilich haben andererseits die Frauen die sog. Rechtswohlthaten des weiblichen Geschlechts eingebüßt, die ihnen in den rein gemeinrechtlichen Gebieten noch bis heute zustehen, die aber auch mehr den Charakter von privilegia odiosa als den von privilegia favorabilia zeigen.

---

[1]) Vgl. Mot. I S. 188.

[2]) Vgl. auch Hachenburg S. 106 ff.

[3]) Vgl. sehr ausführlich Hachenburg S. 107—149.

[4]) Vgl. aber für die Uebergangszeit EBGB. Art. 200 III.

Digitized by Google

Umgekehrt ergeben die wenigen Stellen des BGB., welche eine verschiedenartige privatrechtliche Behandlung der beiden Geschlechter aufweisen, fast durchweg privilegia favorabilia der Frauen und Mädchen. Weibliche Personen als solche dürfen die Übernahme einer Vormundschaft ablehnen (§ 1786 Nr. 1); nur die Tochter kann eine Aussteuer beanspruchen (§§ 1620 ff.); das Mädchen darf um fünf Jahre früher eine Ehe schließen als der Jüngling (§ 1303; vgl. oben S. 108), und wenn sie sich während ihrer Minderjährigkeit verheiratet hat (der Sohn darf nur heiraten, wenn er volljährig oder für volljährig erklärt ist, § 1303, oben S. 106 Anm. 2), so verliert der Vater dadurch zwar nicht ohne weiteres die elterliche Gewalt, wohl aber geht die Sorge für das Vermögen auf den Schwiegersohn über (§ 1661) und es beschränkt sich (§ 1633) die Sorge für die Person der Tochter auf deren Vertretung in rein personenrechtlichen Angelegenheiten.

Als Beschränkungen lassen sich nur auffassen: die Gebundenheit einer zum zweitenmale heiratenden Frau an die zehnmonatliche Wartezeit (§ 1313) und das Konsensrecht des Ehemanns bei Übernahme einer Vormundschaft durch die Ehefrau (§ 1783). Denn an sich ist das weibliche Geschlecht ebenso befähigt zum Vormundschaftsamte wie das männliche; die diesbezügliche Beschränkung der Qualifikation auf die Mutter und Großmutter und auf die von den Eltern testamentarisch ernannte Frau, wie sie sich in der Preußischen Vormundschaftsordnung § 21 II fand und wie sie noch in der zweiten Lesung bis zur Reichstagsvorlage (§ 1759 I) festgehalten wurde, ist jetzt aufgegeben worden.

Gleich der Fähigkeit zur Vormundschaftsführung besitzt das weibliche Geschlecht nunmehr auch die unbedingte Qualifikation zum Solemnitätszeugnis, so daß eine weibliche Person insbesondere bei einer Eheschließung und bei einer Testamentserrichtung als Zeugin fungieren darf (BGB. § 1318 II [ebenso Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 § 53] und BGB. § 2237 [während ALR. I, 12 § 115 als Zeugen zur Beglaubigung des Handzeichens eines schreibensunfähigen Testators nur Männer zuläßt]).

Digitized by Google

Nicht aufgenommen sind ins BGB. insbesondere die Vorschriften des ALR. II, 1 §§ 88, 200, 358, wonach die Frau für Abschluß eines Verlöbnisvertrages, für Begründung der Gütergemeinschaft und für gerichtliche Verhandlungen mit ihrem Ehemanne unter Umständen der Zuziehung eines männlichen Beistandes bedarf. Etwas ganz anderes ist es, daß auch nach BGB. §§ 1687 ff. die Frau durch einen Beistand unterstützt wird; hier handelt es sich nämlich um eine Unterstützung der Mutter bei Ausübung der elterlichen Gewalt.

§ 26. Das religiöse Bekenntnis.

Gleichgültig ist auch das religiöse Bekenntnis[1]) der Personen: ein Zustand, der den gesetzgeberischen Tendenzen entspricht, wie sie sich seit der deutschen Bundesakte von 1815 über das Gesetz betr. die Gleichberechtigung der Konfessionen vom 3. Juli 1869 hinaus bis zum Personenstandsgesetze vom 6. Februar 1875 geltend gemacht haben.[2]) Die Unterschiede zwischen Protestanten und Katholiken, zwischen Christen und Juden sind daher für das eigentliche Privatrecht beseitigt, nicht freilich (EBGB. Art. 132 bis 134) für die mehr kirchenrechtlichen Angelegenheiten der Kirchenbaulast, des Rechtes an Kirchenstühlen und Begräbnisstätten (sowie des Patronatsrechts) und der religiösen Erziehung der Kinder. Hier bleiben etwaige partikularrechtliche Sondernormen unberührt, wie wir dies bezüglich des landesrechtlichen annus discretionis bereits wissen (oben S. 108 Anm. 1). Dagegen sind die konfessionellen Verschiedenheiten der Ehescheidungsgründe beseitigt, und ebenso ist dem jüdischen Ehescheidungsrecht, das sich vereinzelt — in Bayern, Württemberg und Hannover — bis in die Gegenwart erhalten hat,[3]) der Todesstoß gegeben worden. Freilich zeigt das BGB. einen Rückfall in die älteren Anschauungen und geht auf einen bereits vom Personenstandsgesetze vom 6. Februar 1875 (§ 77) überwundenen Standpunkt zurück, indem es auf Antrag Bayerns

[1]) Vgl. hierzu auch Hachenburg S. 102 ff.
[2]) Vgl. auch Mot. I S. 26.
[3]) Vgl. Cosack S. 83, Gierke I § 55 S. 442 sub 3.

Digitized by Google

noch im letzten Augenblicke bei der dritten Lesung[1]) zu Gunsten der katholischen Unterthanen die Möglichkeit einer bloßen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (Trennung von Tisch und Bett) an Stelle der völligen Ehescheidung (Trennung dem Bande nach) wieder zugelassen hat (§ 1575 ff.).

Nur sehr oberflächlich hängt es mit der vorliegenden Frage zusammen, wenn das BGB. in einigen wenigen Richtungen eine durchaus billigenswerte Rücksicht auf die Konfession der Interessenten und ihre religiösen Bedürfnisse nimmt. So für Auswahl des Vormundes (wörtlich entsprechend der Vormundschaftsordnung § 19 II in BGB. § 1779 II Satz 2; vgl. dazu BGB. § 1801) und durch die Vorschrift, daß der Dienstberechtigte zu Gunsten des in seine häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Dienstpflichtigen betreffs der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Anordnungen treffen muß, welche mit Rücksicht auf dessen Religion erforderlich sind (§ 618 II, vgl. oben S. 61, sowie EBGB. Art. 95 II). Daß sich die in EBGB. Art. 87 enthaltene Klausel zu Gunsten landesrechtlicher Normen über die Erwerbsfähigkeit der Ordensmitglieder nicht aus religiösen, sondern aus staatspolitischen Erwägungen erklärt, ist bereits oben S. 34 bemerkt worden.

Von den Gründen, welche im älteren Recht sehr gewichtige, im jetzigen BGB. nur sehr untergeordnete Rechtsverschiedenheiten ergeben, bleiben noch zu erörtern: die Staatsangehörigkeit, die Ehre und die Beschränkung der Rechtsstellung durch Konkurseröffnung.

§ 27. Die Staatsangehörigkeit.

Die Staatsangehörigkeit kann in doppelter Weise in Betracht kommen: erstens als deutsche oder außerdeutsche und zweitens innerhalb des deutschen Reichsunterthanenverbandes als Zugehörigkeit zu dem einen oder zu dem andern Bundesstaate.

Die Nichtdeutschen, die Fremden, stehen prinzipiell auch nicht

[1]) Vgl. Reichstagskommissionsber., Stenogr. Ber. 1895/97 Anlage-Bd. III Nr. 440 b S. 2047 ff., Sitzungsprot. vom 26. Juni und 1. Juli 1896, Bd. IV S. 2968 f., 3089 ff.

Digitized by Google

unter dem BGB. Diese Regel und ihre Ausnahmen gehören aber ins Internationale Privatrecht, wir werden deshalb das Genauere darüber nicht im BGB., sondern im EBGB. Abschnitt I Art. 7 bis 31 zu suchen haben; dort finden wir in der That sehr oft des Gegensatzes zwischen Ausländern und Deutschen gedacht. Vgl. z. B. Art. 7 II, Art. 8 einerseits und Art. 9 andererseits. — Das BGB. selber erwähnt diesen Unterschied nur selten.[1]) Ausländer bedürfen, wenn nach Partikularrecht ein Konsens oder ein Zeugnis zur Eingehung einer Ehe erforderlich ist, dieser Papiere auch ferner (§ 1315 II),[2]) und die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach für Immobiliarerwerb durch Ausländer staatliche Genehmigung erforderlich ist, bleiben unberührt (EBGB. Art. 88; für Preußen interessiert dies nach dem Gesetz vom 4. Mai 1846[3]) nur hinsichtlich ausländischer Korporationen). Ausländer sind ferner nicht verpflichtet, eine Vormundschaft zu übernehmen (§ 1785; vgl. dazu ebenso Preußische Vormundschaftsordnung § 20 I, aber betreffs der Nichtpreußen, während nunmehr auch der Bayer und Sachse die Vormundschaft über einen preußischen Mündel übernehmen muß).

Die Zugehörigkeit zu dem einen oder dem andern Bundesstaate behält ihre Bedeutung, soweit Landesrecht unberührt bleibt und alsdann die Regeln von der Statutenkollision die Heranziehung des einen oder des anderen Partikularrechts erheischen. Nach dem BGB. selber ist die innerdeutsche Staatsangehörigkeit wichtig für Bestimmung der Kompetenz desjenigen Bundesstaates, welcher den in gewissen familienrechtlichen Angelegenheiten statthaften Dispens erteilen darf. Es ist nämlich kompetent: zum Dispens von dem Ehe-

[1]) Vgl. auch § 1320 III. Nur mittelbares Interesse für obige Frage haben §§ 2240, 2244, die der deutschen Sprache erwähnen, und § 1433 I und II, der (gleich vielen Artikeln des EBGB.) von ausländischen Gesetzen spricht (vgl. oben S. 147), sowie §§ 1827 I und 1847 I Satz 2, die von Entlassung des Mündels aus dem Staatsverbande reden.

[2]) Vgl. also Preuß. Gesetz vom 13. März 1854 betr. die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe in den Königlich Preußischen Staaten (Ges.S. S. 132) § 1. Das Dispensationsrecht des Justizministers, des Kultusministers und des Ministers des Innern (§ 2) wird durch BGB § 1315 II nicht alteriert.

[3]) Gesetzsammlung S. 235.

Digitized by Google

hindernis mangelnder Ehemündigkeit der Braut oder noch nicht abgelaufener Wartezeit: derjenige Bundesstaat, dem die Braut angehört (§§ 1303 II, 1313 II und 1322 I Satz 1); von dem Ehehindernis des Ehebruchs der Nupturienten: der Bundesstaat, welchem der wegen dieses Ehebruchs Geschiedene angehört (§ 1312, 1322 I Satz 1);[1]) der Bundesstaat des Adoptierenden ist zuständig für Dispens von dem Erfordernis zurückgelegten 50. Lebensjahres und eines die Jahre des Adoptivkindes um eine plena pubertas überschreitenden Alters (§ 1745 II). Ähnlich liegt die Sache betreffs der obrigkeitlichen Legitimation eines unehelichen Kindes, welche vom Bundesstaate des Vaters auszusprechen ist (§ 1723 II).

Allen diesen Fällen gemein ist es, daß der Reichskanzler als kompetentes Organ eingreift, wenn diejenige Person, nach der sich die Zuständigkeit des Bundesstaates richten soll, zwar ein Deutscher ist, also Reichsangehörigkeit besitzt,[2]) aber keinem Bundesstaate angehört (vgl. §§ 1322 I Satz 2, 1723 II, 1745 II). Dieser Mangel einer partikulären Staatsangehörigkeit kann in den deutschen Schutzgebieten eintreten, da sowohl den dortigen Eingeborenen wie den Ausländern, welche sich dort niederlassen, vom Reichskanzler mittels Naturalisation die deutsche Staatsangehörigkeit verliehen werden darf.[3])

In allen erwähnten Fällen ist der Begriff „Deutscher" im politischen Sinne zu verstehen, gleichviel ob der Betreffende auch nach Blut und Gesinnung dem Deutschen Reiche zugehört; auf die ethnologische Zugehörigkeit zum deutschen Volke kommt es also garnicht an. Deutsch ist darnach der Litthauer, Kassube und Elsässer, welcher kein Wort deutsch versteht. Dieser Unterschied zwischen Volkszugehörigkeit im politischen und im ethnologischen Sinne kann nur in einem Falle praktische Bedeutung gewinnen: nämlich nach

[1]) Vom Aufgebot darf derjenige Bundesstaat dispensieren, in dessen Gebiet die Ehe geschlossen werden soll (§§ 1316 III, 1322 II); hier gilt also das Territorialitätsprinzip.

[2]) Die Reichsangehörigkeit begegnet vielfach im EBGB.; vgl. daselbst Art. 7 II, 14 II, 15 II, 16 I, 17 III, 22 I und II, 24 III; vgl. auch Art. 18.

[3]) Reichsgesetz vom 15. März 1888 (Reichsgesetzbl. S. 71) § 6.

Digitized by Google

§ 2244, welcher für die Testamentserrichtung die Zuziehung eines Dolmetschers erheischt, wenn der Erblasser erklärt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein; dieser Paragraph findet aber auch Anwendung auf einen bei uns testierenden Ausländer.

§ 28. Die Ehre. Die privatrechtliche Bedeutung der Ehre und die Klassifikation der Menschen nach Ehrenunterschieden, welche im römischen und im älteren deutschen[1]) Rechte eine sehr wichtige Rolle spielte, ist dem neueren Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche ziemlich unbekannt. Einige civilrechtliche Konsequenzen hat jedoch auch jetzt noch die strafrechtliche Aberkennung der Bürgerlichen Ehrenrechte im Gefolge; durchweg handelt es sich dabei aber blos um instruktionelle, nicht um absolut zwingende Rechtsnormen.

Dies gilt zunächst von der Unfähigkeit zum Amte eines Vormundes. Diese war nach dem Strafgesetzbuch (§ 34 Nr. 6) und der Preußischen Vormundschaftsordnung (§ 21 I Nr. 3) eine absolute, wogegen diese Vorschriften (und zwar die des Strafgesetzbuchs als lex prior, die der Vormundschaftsordnung als partikularrechtliche Norm) nunmehr durch den Wortlaut des BGB. § 1781 Nr. 4 abgeändert sind (trotz EBGB. Art. 34 Nr. I) und eine Milderung erfahren haben.

Was das BGB. wegen des Vormundes sagt, gilt dann auch für den „Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrates oder Kurator"[2]) (EBGB. Art. 34 Nr. I und im einzelnen BGB. §§ 1694 I, 1792 IV, 1866 Nr. 2, 1897 — Vormund eines Großjährigen —, 1915 I), die das Vormundschaftsgericht alle laut § 1886 bei nachträglicher Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte „zu entlassen hat", d. h.[3]) „unter allen Umständen entlassen soll".

Auch die im StGB. § 34 Nr. 5 ganz allgemein und durchaus obligatorisch verkündigte „Unfähigkeit, Zeuge bei Aufnahme

[1]) Vgl. z. B. Gierke I § 52 S. 417 ff.

[2]) Von einem „Kurator" schweigt das BGB. aber im übrigen; vgl. oben S. 39 Anm. 1.

[3]) Vgl. Mot. IV S. 1197 (zu § 1705 I. Lesung).

Digitized by Google

von Urkunden zu sein," ist im BGB. dahin gemildert worden, daß die der bürgerlichen Ehrenrechte verlustig gegangenen Personen nicht Zeugen sein „sollen". Das BGB. berührt diese Frage übrigens nicht generell für Urkunden jeglicher Art, sondern nur für Testamente (§ 2237 Nr. 2; vgl. dazu § 2249 I Satz 3 betreffs des Testamentes vor dem Gemeindevorsteher und § 2244 I Satz 2 betreffs des Dolmetschers) und für den Erbvertrag, sowie für die vertragsmäßige Aufhebung eines Erbvertrages (§ 2276 I Satz 2, § 2290 IV); für andere Urkunden behält es also sein Bewenden bei der absoluten Zeugnisunfähigkeit derjenigen Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte entzogen sind. — Derartige Personen „sollen" ferner nicht Zeugen bei einem Eheschließungsakte sein (§ 1318 II Satz 1), was das Personenstandsgesetz § 53 noch nicht angeordnet hatte.

Neben dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte und seinen geschilderten privatrechtlichen Folgen interessiert die Trübung der Ehre und Reputation noch insofern, als[1]) „ehrloses und unsittliches Verhalten" erstens einen Ehescheidungsgrund abgeben kann (§ 1568 I Satz 1), und zweitens gegenüber dem Vater oder der Mutter als Inhabern der elterlichen Gewalt einen Grund zu besondern Fürsorgemaßregeln des Vormundschaftsgerichts im Interesse des gefährdeten geistigen und leiblichen Wohles des Kindes (§ 1666 I Satz 1, § 1686). Dagegen hat sich die Vorschrift der Preußischen Vormundschaftsordnung (§ 21 I Nr. 5), daß zur Führung einer Vormundschaft unfähig sei, wer offenkundig einen unsittlichen Lebenswandel führt, im BGB. (§ 1779 II Satz 1) dahin verwandelt, daß das Vormundschaftsgericht nur Personen auswählen soll, die nach den Umständen, also auch nach ihrer moralischen Qualität, zur Führung der Vormundschaft geeignet sind. Unsittlicher Lebenswandel ist aber nach BGB. § 2333 Nr. 5 ein Enterbungsgrund gegenüber den Descendenten (nicht gegenüber den Ascendenten:

[1]) Vgl. meine oben S. 89 Anm. 7 erwähnte Studie über das Verschulden und die verwandten Begriffe § 15 sub III S. 166 f. Unrichtige Gesetzescitate bei Riedel S. 39.

Digitized by Google

§ 2334 Satz 1), es sei denn, daß der enterbte Descendent sich dauernd gebessert hat (§ 2336 IV), und[1]) ferner ein Grund, der Tochter die Aussteuer zu verweigern (§ 1621 II).[2]) Dagegen ist dem BGB. ein Pflichtteilsanspruch der Geschwister überhaupt unbekannt (vgl. § 2303) und somit auch[3]) insbesondere der auf Einsetzung einer turpis persona gegründete. Ebenso kennt das BGB. nicht den Ausschluß der Alimentationsansprüche einer unehelichen Mutter und eines unehelichen Kindes, wenn die Mutter wegen unzüchtigen Lebenswandels berüchtigt ist (Preuß. Gesetz vom 24. April 1854, Ges.S. S. 193, § 9 sub 2b, § 13 Nr. 1).[4])

§ 29. Der Konkurs.

Schließlich die Einwirkung des Konkurses auf die Rechtsstellung.[5]) Eine allgemeine Einschränkung der Rechts- oder Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners ist dem BGB. unbekannt, und es bleibt daher bei der blos relativen, blos auf die Konkursmasse bezüglichen Beschränkung seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts (Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877 § 5 I).[6])

Auch der Gemeinschuldner ist zwar nicht unfähig zum Amte eines Vormundes (wie nach der Preußischen Vormundschaftsordnung § 21 I Nr. 4), sondern „soll" nur nicht zum Vormunde bestellt werden (§ 1781 Nr. 3); desgleichen nicht zum Gegenvormunde u. s. w. (§§ 1792 IV u. s. w.; s. oben S. 150). Nachträgliche Konkurseröffnung hat seine Entlassung zur Folge (§ 1886, oben

[1]) Dies ist in der bisherigen Litteratur völlig übersehen worden.

[2]) Hier bleibt dauernde Besserung unerwähnt, weil der Augenblick der Heirat entscheidet.

[3]) Vgl. Heilfron S. 119 Anm. 6.

[4]) Uebrigens kann Bescholtenheit überall da in Betracht kommen, wo (vgl. oben S. 68/69) das BGB. „wichtige Gründe" berücksichtigt, um dauernde Verhältnisse wie eine Gesellschaft (vgl. Cosack S. 78 sub 1d), Gemeinschaft, Dienstvertrag, Mandat u. s. w. zur Auflösung zu bringen. — Die Ehre findet, wie hier ergänzend bemerkt sei, ihren Rechtsschutz gegen schädliche Attentate durch § 823 und sogar durch § 824 und 825 in ihren Sonderformen des Kredits und der weiblichen Ehre, letztere allerdings nur bei qualifizierten Angriffen, dann jedoch (§ 847 II) auch wenn ein Vermögensschaden nicht vorliegt oder nicht nachweisbar ist; vgl. oben S. 63.

[5]) Hierüber äußert sich nur Riedel S. 39.

[6]) Die Reichstagsvorlage für die Novelle zur Konkursordnung (EBGB. Art. 1, vgl. oben S. 42) sieht keine Aenderung dieser Bestimmung vor.

Digitized by Google

S. 150). Die elterliche Gewalt wird in der Richtung der Verwaltung des Kindesvermögens mit Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses ipso jure beendigt (§ 1647 I, § 1686), vorbehaltlich der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, nach Aufhebung des Konkurses dem Inhaber der elterlichen Gewalt diese Vermögensverwaltung wieder zu übertragen (§ 1647 II). Mit demselben Augenblicke verliert der Ehemann bei gesetzlichem Güterrecht die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens seiner Ehefrau (§ 1419), und wenn die Ehegatten bisher in Errungenschaftsgemeinschaft lebten, so endigt diese und wird durch Gütertrennung abgelöst (§ 1543, § 1545 I; vgl. §§ 1547 I Satz 1, 1548 I Satz 1). Während seines Konkurses darf der Schuldner das prinzipielle Recht zur Rücknahme hinterlegter Gegenstände nicht ausüben (§ 377 II).[1])

So wird der Gemeinschuldner nur nach einzelnen Richtungen in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt; durchweg handelt es sich dabei um die Verwaltung fremden Vermögens bezw. (§ 377 II) doch um Vermögensobjekte, die möglichenfalls einem andern (dem Gläubiger) zukommen, also einer gefährdenden Einwirkung seitens des Gemeinschuldners entzogen werden sollen.

Trotzdem gibt es auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche Rechtssubjekte, welche durch die Konkurseröffnung ihre Rechtsfähigkeit gänzlich verlieren. Es sind dies die „Juristischen Personen" und zwar sowohl die „Vereine" (§ 42 I) wie die „Stiftungen" (§ 86 Satz 1).[2])

[1]) Nicht hierher gehören die übrigen Gesetzesstellen, welche von Einwirkungen des Konkurses sprechen. Diese lassen sich in folgende Gruppen zerlegen: a) Von Dispositionen des Konkursverwalters sprechen §§ 161 I Satz 2, 184 II, 353 II, 457, 499 Satz 2, 512, 883 II Satz 2, 2115 Satz 1; vgl. § 1098 I Satz 2, EVBGB. Art. 131; b) von Konkursprivilegien sprechen §§ 401 II, 418 II, 1971 Satz 1; c) Einzelwirkungen des Konkurses sind in §§ 209 II Nr. 2, 728 und 736 angegeben; vgl. auch §§ 1984 I Satz 2, 1991 IV. — Als „wichtiger Grund" für Auflösung eines dauernden Rechtsverhältnisses (oben S. 152 Anm. 4) kann auch der Konkurs erscheinen.

[2]) Bezüglich der Vereine schreibt dann BGB. noch vor, daß zwar nicht der Verlust der Rechtsfähigkeit, wohl aber die Konkurseröffnung ins Vereinsregister einzutragen sei, und zwar von Amtswegen (§§ 74 I Satz 2, 75), und daß im Falle der Ueberschuldung eines Vereins der Vorstand zum Antrage auf Konkurseröffnung verpflichtet sei (§ 42 II Satz 1): eine Vorschrift,

Digitized by Google

Zweiter Titel. Juristische Personen. § 30. Vorbemerkung.

Diese Vorschriften gewähren uns eine äußerst zwanglose Überleitung zu dem Zweiten Titel des Ersten Abschnittes des Ersten Buches, zu den Normen über die „Juristischen Personen". Auf sie können die Normen über die „natürlichen Personen", wie wir sie als Inhalt des Ersten Titels kennen gelernt haben, nur ausnahmsweise Anwendung finden, da die Grundverschiedenheit der beiden Arten von Rechtssubjekten (vgl. oben S. 99) eine Identität der Rechtssätze selbstverständlich im allgemeinen ohne weiteres ausschließt. Gerade das soeben (S. 153 a. E.) berührte Beispiel zeigt ja, daß diese beiden Arten von Rechtssubjekten eine durchaus anders gestaltete Behandlung erheischen, und eine wirkliche Parallele zwischen physischen und juristischen Personen[1]) hat sich uns, abgesehen von der dort erwähnten Möglichkeit, daß auch eine juristische Person in Konkurs geraten kann, einstweilen nur nach zwei Richtungen ergeben: einmal (oben S. 120) dahin, daß dem Wohnsitz des natürlichen Menschen der Sitz des Vereins oder der Stiftung entspricht, und sodann (oben S. 123) dahin, daß wohl auch die juristische Person den Namensschutz des § 12 beanspruchen darf. — Von Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung, von Entmündigung oder Todeserklärung wird aber bei juristischen Personen selbstverständlich ebensowenig die Rede sein, wie von einer Beeinflussung ihrer Rechtsstellung durch Altersstufen, Gesundheitszustand, Konfession, Stand und Ehre oder wie von einer Anwendung des Vierten[2]) und Fünften[3]) Buches auf die juristischen Personen. Hingegen ist es für die Rechtsverhältnisse des Obligationen- und Sachenrechts im allgemeinen völlig gleichgültig, ob man es mit einer physischen

---

die auch auf öffentlichrechtliche Korporationen, Stiftungen und Anstalten Anwendung findet, sofern bei ihnen ein Konkursverfahren zulässig ist (§ 89 II).

[1]) Ueber gewisse Persönlichkeitsrechte der juristischen Personen vgl. Heilfron S. 161; über den Ehrenschutz Kuhlenbeck S. 180 ff.

[2]) Vgl. aber Heilfron S. 160 Anm. 3 über eine im Jahre 1472 stattgehabte Adoption der Katharina Cornaro (als „figlia di San Marco") durch die Republik Venedig.

[3]) Das 5. Buch interessiert freilich insofern, als eine juristische Person zum Erben oder Vermächtnisnehmer ernannt werden kann, und wegen des gesetzlichen Erbrechtes (vgl. unten S. 175), das dem Fiskus u. s. w. zusteht.

Digitized by Google

oder einer juristischen Person zu thun hat, und desgleichen für die meisten Angelegenheiten des Buches I Abschnitt II bis VII.

Die Normen des BGB. über die juristischen Personen[1]) werden wir im ganzen schneller erledigen können, als die Normen über die physischen Personen, und aus zweien Gründen: zunächst weil die 69 §§ 21—89 viel Kasuistik, viele Ausführungsvorschriften enthalten, welche kein prinzipielles Interesse bieten, und zweitens, weil bei der Klarheit, mit welcher dieser zweite Titel redigiert worden ist, gerade er dem privaten Studium im großen und ganzen wenig Schwierigkeiten bietet.

Hierin wird man einen neuen Vorzug unseres BGB. erblicken können. Bisher gehörte, wie jeder Jurist zugeben wird, die Lehre von den juristischen Personen zu den kompliziertesten und schwierigsten Kapiteln unserer Wissenschaft. Jetzt dagegen erfreut sie sich einer großen Einfachheit. Freilich ist dieser Zustand vom Gesetzgeber nur mit einem erheblichen Opfer erkauft worden; dadurch, daß er von seinen legislatorischen Normen alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausschloß, also alle die Lieblingskinder der modernen Gesetzgebungskunst, welche ihrem Schoße jahraus, jahrein in stets neuen Erscheinungsformen entspringen und durch welche dem an sich in der Natur und den Einrichtungen der Menschen begründeten Associationstriebe in gründlicher Weise nachgeholfen wird.

Von den drei Abteilungen nämlich, in welche der Titel „Juristische Personen" zerfällt, besteht die dritte und letzte aus dem einen einzigen § 89,[2]) welcher auch nur sagt, daß gewisse Bestimmungen aus der Lehre von den Vereinen auch auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts Anwendung finden sollen. Es ist dies nach § 89 II die Vorschrift des § 42 II und nach § 89 I, der

[1]) Diese Normen finden im allgemeinen auch während der Uebergangszeit auf bereits bestehende juristische Personen Anwendung (vgl. EBGB. Art. 163 ff.), doch bleiben insbes. die Spezialvorschriften über eingetragene Vereine (§§ 55—79) und über die Entstehung der Stiftungen (§§ 80—84) sowie über nicht rechtsfähige Vereine (§ 54) unanwendbar.

[2]) Ueber ihn im Verhältnis zur übrigen Darstellung (in Abschn. III §§ 1—11 S. 169—263) allzuknapp Kuhlenbeck S. 193.

Digitized by Google

neben den Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts auch den Fiskus ins Auge faßt, die Vorschrift des § 31. Beide citierte Paragraphen normieren gewisse, später (unten S. 168) genauer zu besprechende Haftungsverbindlichkeiten des Vereinsvorstandes bezw. des Vereines selber gegenüber der Außenwelt.

Alle übrigen Bestimmungen des Zweiten Titels — §§ 21 bis 88 — betreffen nur die juristischen Personen des reinen Privatrechts.

§ 31. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Durch § 89 sind (vgl. oben S. 155) aus dem BGB. und somit aus unseren Betrachtungen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausrangiert worden (wie Reichsfiskus, Landesfiskus, Provinz, Kreis, Stadtgemeinde, Dorfgemeinde, Kirchengemeinde). Bei ihnen behält es also, soweit sie auf Reichsrecht beruhen (wie die Innungen, die Krankenkassen und die Berufsgenossenschaften), sein Bewenden bei den diesbezüglichen reichsgesetzlichen Vorschriften; soweit sie auf Landesrecht beruhen (Beispiele unten S. 157), bei den Normen des Partikularrechts. Desgleichen aber bleibt es bei den reichsrechtlichen Vorschriften auch überall da, wo wir es mit Spezialgesetzen zu thun haben, in welche das BGB. nicht eingreifen wollte (vgl. EBGB. Art. 32), selbst wenn diese Reichsspezialgesetze nicht öffentlichrechtlichen, sondern privatrechtlichen Charakters sind. So z. B.[1]) bleibt das Handelsrecht maßgebend für die Aktiengesellschaften und für die Kommanditgesellschaften auf Aktien; desgleichen richten sich die Rechtsverhältnisse einiger den Handelsgesellschaften verwandter Institute nach den diesbezüglichen Spezialgesetzen: so die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach den Gesetzen vom 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55 ff.) und 20. April 1892 (RGBl. S. 447 ff.).

Nach dem Partikularrecht sind in Zukunft aber auch die auf Landesrecht beruhenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu beurteilen; denn EBGB. Art. 55, welcher das Partikularrecht hinter das Reichsrecht stellt, spricht ja nur von

[1]) Vgl. auch Riedel S. 64 ff., Cosack S. 93/94, Ostermeyer S. 15.

Digitized by Google

den privatrechtlichen Normen der Landesgesetze. Übrigens läßt sich die Fortgeltung des Landesrechts in diesen Angelegenheiten auch aus einigen anderen Artikeln des EBGB. Abschnitt III folgern, welche uns gleichzeitig zu Beispielen verhelfen. Nach Art. 65 bleiben bestehen die Wassergenossenschaften, nach Art. 66 die Deichgenossenschaften, nach Art. 69 die Fischereigenossenschaften, nach Art. 83 die Waldgenossenschaften, nach Art. 67I die Knappschaftsvereine des Bergrechts, nach Art. 82 die Normen über die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht (ein Punkt, der später (unten S. 162) zu erörtern ist).

In allen diesen Richtungen unberührten Partikularrechts wird daher nach wie vor z. B. die landrechtliche Unterscheidung zwischen wirklichen Korporationen und privilegierten Gesellschaften bezw. erlaubten Privatgesellschaften beachtet werden müssen. Für das Gebiet des reinen Privatrechts, also der Domäne des BGB. Buch I Abschnitt I Titel II, können wir dagegen diesen komplizierten landrechtlichen Apparat, der auch garnicht mehr mit den Ergebnissen der modernen wissenschaftlichen Forschung harmoniert, über Bord werfen und uns auf die viel einfachere Einteilung des BGB. beschränken.

§ 89 erwähnt übrigens neben den Stiftungen und neben den — wie wir alsbald sehen werden, den „Vereinen" des BGB. §§ 21 bis 79 entsprechenden — Körperschaften auch noch „Anstalten" des öffentlichen Rechts. Dies geschah[1]) aus Vorsicht, weil man in der Theorie zur Zeit vielfach neben Körperschaften und Stiftungen auch noch „Anstalten" als besondere Erscheinungsformen der juristischen Personen, als Zwischenformen unterscheiden zu müssen glaubt, und weil es bei manchen Einrichtungen nicht klar oder doch nicht unbestritten ist, unter welchen dieser Begriffe sie gehören. So bei den Pensionsanstalten für Hinterbliebene von Beamten, so ferner bei den Versicherungsanstalten des Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzes[2]) und bei den Universitäten, Gymnasien, Klöstern,

[1]) Vgl. Kommissionsprot. S. 611.

[2]) Vgl. Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts § 148 sub III S. 752 f.

Digitized by Google

Orden[1]) u. s. w., so insbesondere beim Fiskus, der darum auch in § 89 I noch ganz besondere Erwähnung findet.[2])

§ 32. Die juristischen Personen des Privatrechts im allgemeinen.

Die sämtlichen Bestimmungen der §§ 21—88 beziehen sich nun, wie gesagt, im Gegensatze zu § 89 auf die rein privatrechtlichen juristischen Personen, und zwar handelt hier wiederum die Minderzahl der Normen (die 9 §§ 80—88) von den „Stiftungen", die überwiegende Mehrzahl (die 59 §§ 21—79) von den „Vereinen".

Das BGB. überläßt die Definition dieser beiden Begriffe der Wissenschaft, und auch wir wollen uns dem Vorbilde des Gesetzbuchs anschließen und uns nicht mit weitschweifigen theoretischen Untersuchungen über die Berechtigung und Richtigkeit dieser Unterscheidung aufhalten. Für unsern Zweck wird es genügen, festzustellen, an welche Erscheinungsformen der Gesetzgeber gedacht hat, und hierbei ist es sofort klar, daß unter den „Stiftungen" solche juristischen Personen verstanden werden sollen, bei denen das Wesentlichste das für einen bestimmten Zweck bestimmte Vermögen bildet, während bei den „Vereinen" das Charakteristische in der Zusammenschließung einer gewissen Personenzahl zu einem dauernden Zwecke liegt, dem die „Mitglieder" des Vereins zu dienen haben (vgl. einerseits § 82 Satz 1, andererseits § 27 I, §§ 32 ff.). So entspricht offenbar der „Verein" dem, was man sonst unter „Korporation" oder „Körperschaft" zu verstehen pflegt.

Übrigens sind Zwitterbildungen sehr wohl denkbar, bei denen es sich fragen kann, ob sie als „Vereine" oder als „Stiftungen" zu betrachten sind, oder die sogar von sich zweifellos mit Faust sagen können: „Zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust."[3]) — Ferner

[1]) Vgl. Riedel S. 61. Vgl. auch Heilfron S. 155 Anm. 5.

[2]) Vgl. Planck S. 125 a. E.

[3]) Für meine Königsberger und Elbinger Zuhörerschaft ergab sich als besonders instruktives Beispiel die „Palaestra Albertina" zu Königsberg, eine Musterstätte für körperliche Uebungen der Studentenschaft; von einem früheren Schüler der Albertus-Universität gegründet und im wesentlichen auf dessen hochherziger „Stiftung" beruhend, war sie in ihrer ersten Entwickelungsphase (1891—1894) auch lediglich „Stiftung" im Rechtssinn, bis der „Verein", welcher sich zur Durchführung des Stiftungszweckes bildete und sich 1893 ein ausführliches Statut

Digitized by Google

besteht die Möglichkeit, daß eine neue Stiftung an eine schon bestehende „Korporation" oder „Anstalt" (in dem oben S. 157/158 entwickelten Sinne) angegliedert wird. Das ist sehr oft der Fall[1]) im Verhältnisse eines Stipendienfonds zur Universität oder zur Stadtgemeinde;[2]) dann haben sie allerdings zumeist ihre rechtliche Selbständigkeit verloren und sind ganz in die Korporation Universität (repräsentiert durch den akademischen Senat) oder Stadt (repräsentiert durch den Magistrat) aufgegangen.[3])

§ 33. Die Vereine.

Innerhalb der 59 Paragraphen über die „Vereine"[4]) finden wir nun zwei, durch arabische Ziffern getrennte Gruppen von Normen, die 34 §§ 21—54 mit „Allgemeinen Vorschriften" über alle Vereine und die 25 §§ 55—79 mit Sondervorschriften über die „Eingetragenen Vereine". Dies führt uns zugleich auf die Einteilung der „Vereine" der („Körperschaften"), welche das BGB. getroffen hat.

Das BGB. unterscheidet nämlich, wie gleich §§ 21 und 22 zu erkennen geben, zwei Arten von Vereinen, und zwar nach dem Zwecke, auf den sie gerichtet sind: ob dieser in einem „wirtschaftschaftlichen Geschäftsbetriebe" besteht (§ 22) oder nicht (§ 21); nach diesem Zwecke wiederum richtet es sich, wie der Verein „Rechtsfähigkeit erlangt", ob nämlich „durch staatliche Verleihung" (§ 22) oder „durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen

gegeben hatte, endlich im Frühjahr 1894 mittels allerhöchster Genehmigung (vgl. unten S. 161 Anm. 1) juristische Person wurde und mit dem Korporationsrechte zugleich die Erlaubnis zur Annahme der „Stiftung" (des dem Zwecke gewidmeten Grundstücks und Geldkapitals) erhielt.

[1]) Die vorerwähnte Palaestra bildet hier ein Beispiel des Gegenteils, da die Alma Mater Albertina ihren schützenden Arm über sie nur in moralischer, nicht in organisatorischer oder juristischer Hinsicht ausbreitet.

[2]) Vgl. Heilfron S. 155.

[3]) Derartiges trifft z. B. wegen der Palaestra Albertina nicht zu; vgl. oben Anm. 1.

[4]) Vgl. hierzu v. Staudinger, Das Vereinsrecht nach dem BGB. (in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Jahrg. 62 [Erlangen 1897] Nr. 20—24 S. 305 ff.), Zeller, Das Recht der Vereine im deutschen BGB. (im Archiv für öffentliches Recht Bd. XII [1897] S. 241 bis 266) (auch Leonhard in der Deutschen Juristenzeitung Bd. I Nr. 12 S. 227 ff.), Hachenburg S. 199 bis 222.

Digitized by Google

Amtsgerichts" (§ 21). Ist letzteres der Fall, so hat man es mit einem „Eingetragenen Verein" zu thun, und es greifen für ihn außer den allgemeinen Vorschriften der §§ 23—54 eben noch die besonderen Vorschriften der §§ 55—79 Platz. — Diese Einteilung der Vereine in eingetragene und konzedierte (eintragungsbedürftige und konzessionsbedürftige) ist das Ergebnis der Gedankenverschiedenheiten, die in sehr harter Weise bei den Kommissionsberatungen,[1]) im Bundesrate und im Plenum des Reichstags aufeinander stießen.[2]) Man schwankte, insbesondere aus staatspolitischen Rücksichten, zwischen den für die Entstehung eines Vereins denkbaren Möglichkeiten, und wäre es nicht zu dem vorliegenden Kompromisse gekommen, das, wie wir später sehen werden, der innerstaatlichen Stellungnahme zum Vereinswesen freiesten Spielraum läßt, so wäre das ganze Vereinsrecht des BGB. und vielleicht damit sogar das Zustandekommen des BGB. selber ebenso in Frage geraten, wie das ganze Eherecht und auch hiermit wieder das ganze BGB. durch die bei anderer Gelegenheit (S. 146/147) angedeuteten konfessionellen Meinungsverschiedenheiten über die Zulässigkeit einer bloßen Trennung der Eheleute von Tisch und Bett.

Was die denkbaren Möglichkeiten für Entstehung eines selbständigen, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Vereins, also einer Korporation, anbetrifft,[3]) so stehen sich hier zwei Extreme gegenüber, zwischen denen es wiederum eine Zwischenbildung gibt, die im BGB. eine bedeutende Rolle spielt.

Die beiden Extreme sind das sog. System der freien Körperschaftsbildung und das sog. Konzessionssystem, die Zwischenbildung ist das sog. System der Normativbestimmungen.

Eine Körperschaft kann nämlich de thesi ebensogut einfach durch die Thatsache entstehen, daß sich zwei oder drei Menschen zu

[1]) Vgl. Kommissionsprot. S. 476—611.

[2]) Vgl. insbes. auch Endemann S. 197 Anm. 3, S. 209 Anm. 6.

[3]) Vgl. hierzu z. B. Denkschrift S. 15 ff., Heilfron S. 156 ff., Cosack S. 95, Endemann S. 198 Anm., Kuhlenbeck S. 194 ff., Riebel S. 80 ff., Hachenburg S. 206 ff., Eck S. 9 ff.

Digitized by Google

einem bestimmten, sei es wirtschaftlichen, sei es nicht wirtschaftlichen Zwecke zusammenthun. Diese Thatsache entspricht gewissermaßen der Geburt des Menschen als Anfangspunkt der Rechtsfähigkeit. Dann haben wir es mit dem System der freien Körperschaftsbildung zu thun, von welchem z. B. das sächsische und bayerische Recht beherrscht wird. — Es kann aber auch der Staat kraft seiner Souveränetät und gesetzgeberischen Omnipotenz anordnen, daß nur dann ein Verein entstehe oder nur dann wenigstens im Rechtsleben als Rechtspersönlichkeit betrachtet und mit dem staatlichen, rechtlichen Schutze beglückt werde, wenn der Staat selber Ja und Amen gesagt habe, wenn der Staat diese Körperschaft in Gnaden zugelassen und offiziell aus der Taufe gehoben habe: das ist das Konzessionssystem, wie es im klassischen römischen Recht, im gemeinen Recht und im preußischen Recht vertreten ist.[1])

Zwischen dem Konzessionssystem und dem System der freien Körperschaftsbildung steht nun das Ihnen z. B. aus dem Aktienrecht bekannte System der Normativbestimmungen, welches dahin geht, daß die Körperschaft zwar im Prinzipe ohne jede Einmischung des Staates ins Leben tritt, daß der Staat aber ihre Rechtspersönlichkeit nur anerkennt, aber dann auch anerkennen muß, wenn gewissen Minimalansprüchen genügt worden ist, die der Staat als unerläßliche Grundbedingung für seine Einwilligung festhalten zu sollen glaubt.

Denn nach zwei Richtungen muß der Staat im Interesse der andern ihm obliegenden Aufgaben sein Augenmerk auf das Zustandekommen der Körperschaften richten und nötigenfalls deren Geburt im Rechtssinne verhindern dürfen; und damit kommen wir zugleich zur inneren Rechtfertigung nicht nur des Konzessionssystems, sondern auch des Systems der Normativbestimmungen und somit des vom BGB. gewählten Systems.

---

[1]) Vgl. ALR. II, 6 §§ 25 ff. sowie für erlaubte Privatgesellschaften und für Religionsgesellschaften im besondern Preuß. Verfassungs-Urkunde Art. 13. Vgl. das oben S. 158 Anm. 3 erwähnte Beispiel auf S. 159.

Digitized by Google

Diese beiden Gründe[1]) sind: erstens der Schutz der Gesamtheit gegen gefahrdrohende Körperschaftsunternehmungen, deren unheilvolle Thätigkeit nicht erst nachträglich durch Anwendung der Strafgesetze gerügt, sondern von vornherein durch Versagung der Rechtspersönlichkeit verhindert werden muß, und zweitens die Sicherung des bürgerlichen Verkehrs, welcher es wünschenswert erscheinen läßt, daß jede juristische Person gleich einer physischen Person für die Außenwelt, für die Mitmenschen als selbständige Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten erkennbar ist, so daß ein jeder, der mit einer Personenmehrheit in Rechtsbeziehungen tritt, nun auch weiß, ob diese Mehrheit als solche mit ihrem Vermögen haftet, oder ob seinen Forderungen nur ein sehr unsicheres Klagerecht gegen die einzelnen Verbandsmitglieder zu Hilfe kommt. Derselbe Gedanke einer Erhöhung der Verkehrssicherheit (welcher uns schon in der Einleitung S. 79 ff. als eine der Grundideen des BGB. entgegentrat, und welcher ja auch der Schöpfer des Firmenwesens und des Grundbuchwesens und aller sonstigen registermäßigen Eintragungen der Gegenwart gewesen ist) kann dann auch auf dem Gebiete des Vereinsrecht dahin führen, daß der Staat ein Vereinsregister schafft, in welches alle diejenigen Körperschaften eingetragen werden müssen, welche sich und der Außenwelt die Annehmlichkeit einer besonderen Rechtspersönlichkeit verschaffen wollen.

Diese Ideen, deren ethische, rechtsphilosophische und staatspolitische Berechtigung sich nicht leugnen lassen wird, haben nun im BGB. ihren Niederschlag gefunden: für rein wirtschaftliche Vereine gilt nach § 22 das Konzessionsprinzip, für alle andern Vereine gilt nach § 21 das Eintragungsprinzip, zu welchem sich dann die Normativbestimmungen der §§ 57 f. (§§ 24 ff.) gesellen; Vereine, welche weder unter § 21, noch unter § 22 subsumiert werden können, sind auch nicht in der Lage, als juristische Personen mit selbständiger Rechtspersönlichkeit zu gelten und unterliegen daher blos den Normen über Gesellschaften (Sozietäten) (§ 54, §§ 705 ff.; vgl. unten S. 164/165).[2])

[1]) Vgl. insbesondere Endemann S. 196 f.

[2]) Wegen ausländischer, den Anforderungen des BGB. §§ 21 f. ent-

Digitized by Google

Der Unterschied zwischen den beiden Vereinsarten in § 21 und § 22 ist nun darauf zugespitzt, ob sie einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken oder nicht; ersteres ist der Fall z. B. beim Warenhaus für deutsche Beamte und beim Offiziersverein, bei Meiereigenossenschaften oder bei einem Konsortium von Landwirten,[1]) welche sich zu Anlage und gemeinsamer Verwertung elektrischer Betriebskraft zusammenschließen, oder bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit; es wird sich im Einzelfall nur fragen, ob diese Vereine nicht gerade in das Handelsgesellschaftsrecht oder in das Genossenschaftsrecht gehören. Wenn ein Verein dagegen einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht bezweckt, wenn wir es also zu thun haben mit einem eintragungsfähigen und eintragungsbedürftigen Vereine, so spricht man von idealen Tendenzen und versteht darunter mit § 23 der zweiten Lesung insbesondere ein gemeinnütziges, wohlthätiges, geselliges, wissenschaftliches oder künstlerisches Vereinsprogramm; daher würden hier im Prinzipe nicht blos Beispiele in Betracht kommen wie Armenunterstützungsvereine, Ressourcen- und Kasinogesellschaften, naturforschende Gesellschaften und Kunstvereine, sondern auch ein jeder Kegelklub und jedes noch so ephemere Lesekränzchen. Auch Mischbildungen mit mehreren dieser Zwecke gehören hierher, wie die Logen, wie ein Turn- oder Sängerverein oder wie ein wissenschaftlicher Studentenverein, der gleichzeitig doch der Geselligkeit huldigt. Oft verbindet sich nun eine dieser idealen Tendenzen mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe, nicht etwa dahin, daß auch der ideale Verein seine geregelte Kassenführung

sprechender Vereine bestimmt EBGB. Art. 10, daß der Bundesrat ihre Rechtsfähigkeit durch Beschluß anerkennen darf. Geschieht dies nicht, so bleiben auch sie wie Gesellschaften bei Rechtsgeschäften, die in ihrem Namen vorgenommen werden, von der Haftung frei (§ 54 Satz 2).

[1]) Nach dem BGB. muß es sich offenbar bei allen Vereinen um eine Zusammenschließung physischer Personen handeln, so daß Verbände juristischer Personen wie die (landwirtschaftlichen u. s. w.) Centralvereine nicht hierher, sondern nach § 54 Satz 1, vgl. oben, ins Gesellschaftsrecht gehören. Vgl. zu dieser Frage Kollig s in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. II S. 319 f. — Nicht als Beispiel geeignet sind die ökonomischen Kassenverbände des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892 § 46; denn sie haben (vgl. Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts § 38 S. 171, § 58 S. 267/268) öffentlich-rechtlichen Charakter.

Digitized by Google

hat und seine Überschüsse zinsbar anlegt — das macht ihn keineswegs zu einem wirtschaftlichen Geschäftsunternehmen —, sondern dahin, daß er zugleich eine finanzielle Bereicherung seiner Mitglieder und eine ideale Bereicherung dieser Mitglieder oder anderer Personen im Auge hat. Dann wird maßgebend sein, nach welcher Richtung der Schwerpunkt der Interessen zu verlegen ist, und hierfür wird wiederum (z. B. für den um die Eintragung gebetenen Amtsrichter) das Vereinsstatut und seine Auslegung entscheiden. So etwa bezüglich eines Theaterkonsortiums, eines Vereins für Einrichtung von Bürgergärten und eines Wohnungsbauvereins.

Ob ein Verein mit wirtschaftlichen Zwecken von seinem zuständigen Bundesstaate die erforderliche Konzession erlangen kann, entscheidet sich nun zufolge § 22 lediglich nach dem Partikularrecht, und hier sind wir landrechtlichen Juristen also abermals (vgl. oben S. 157) auf die Vorschriften des ALR. Teil II Tit. 6 über die erlaubten Privatgesellschaften, privilegierten Gesellschaften und Korporationen angewiesen.

Ob dagegen ein Verein mit idealen Tendenzen vom Amtsrichter in das Vereinsregister einzutragen sei, hängt nicht etwa von des Amtsrichters Belieben oder von partikularstaatlichen Ausführungsvorschriften ab, sondern lediglich von dem Nachweise der angedeuteten Normativbestimmungen und — was die Auffassung und Neigung des Vereinsvorstandes anbetrifft — lediglich von dessen Wunsch und Willen. Denn niemand darf den eintragungsfähigen Verein zwingen, aus dem bescheidenen Halbdunkel des Gesellschaftsrechts herauszutreten und sich in das helle Licht einer Rechtspersönlichkeit zu setzen. Will eine im Jahre 1900 begründete Studentenverbindung oder ein Turnverein oder ein wissenschaftlicher Verein z. B. die Konsequenz vermeiden, daß er zufolge § 65 fortab das epitheton ornans „Eingetragener Verein" mit sich führen muß, so mag er eben den Antrag auf Eintragung unterlassen; ihm entgeht damit aber zugleich der Gewinn, die Elastizität einer juristischen Person im Verkehr nach außen zu genießen, und ihm haftet das Bleigewicht der Normen über die bloßen Gesellschaften (§§ 705 ff.) an, welche vom erst-

Digitized by Google

maligen Personenstande abhängig (§ 727 I) und einem Kündigungsrecht jedes Gesellschafters ausgesetzt sind (§§ 723 ff.) und bei welchen die einzelnen Mitglieder im Falle der Insuffizienz des Gesellschaftsvermögens für Schulden haften (§ 735).[1])

Unter die Vereine mit idealen Tendenzen, welche somit bei Nachweis des Vorhandenseins der Normativbestimmungen eintragungsfähig sind, gehören natürlich auch politische Vereine, wie der konservative Verein oder der Verein Waldeck oder der Bund der Landwirte, ferner sozialpolitische[2]) Vereine, wie Gewerk-, Berufs- und Fachvereine der Arbeiter und wie Handwerkervereine, und endlich religiöse Vereine, wie die freie religiöse Gemeinde oder die Sekte der Baptisten. Da nun solche politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereine — sei es ganz offen und programmmäßig, sei es hinter dem Verstecke eines harmlosen Programmes — staatsgefährliche und gesellschaftsgefährliche Tendenzen verfolgen könnten, so mußte der Gesetzgeber ihnen gegenüber eine Methode ersinnen, um nötigenfalls ihre Eintragung und somit ihre selbständige Rechtsfähigkeit zu verhindern Dasselbe Hilfsmittel mußte gegenüber solchen Vereinen vorgesehen werden, die nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt (unstatthaft) oder gar positiv verboten sind (wie zur Zeit des Sozialistengesetzes die sozialdemokratischen Vereine mit einem auf Umsturz der bestehenden Staats- oder Gesellschaftsordnung gerichteten Programm). Dies Mittel mußte zugleich so gewählt werden, daß es nicht etwa in der Hand des um die Eintragung gebetenen Amtsrichters, sondern in der Hand einer andern Behörde liegt. — Diesen Erwägungen sind die §§ 61—63 entsprungen, welche der Verwaltungsbehörde ein Einspruchsrecht gegen jede Eintragung ermöglichen, das aber binnen sechswöchentlicher Frist geltend gemacht werden muß und vom Vereinsvorstande im Wege des

[1]) Nur will die Novelle zur CPO. auch gegen einen nicht rechtsfähigen Verein die Klage und die Zwangsvollstreckung zulassen. Vgl. Reichstagsvorlage Nr. 10 § 49a und Nr. 170 § 670a und dazu Jacobi in der Deutschen Juristenzeitung III (1898) Nr. 6 S. 125 f.

[2]) Vgl. hierzu Eck S. 15 ff., aber auch Felisch in der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. II (1897) S. 18, Planck S. 108, v. Staudinger S. 365 ff.

Digitized by Google

Verwaltungsstreitverfahrens[1]) angefochten und zur sachgemäßen und prinzipiellen Prüfung gebracht werden darf. Damit sowohl die Verwaltungsbehörde von dem Einspruchsrecht wie der Vereinsvorstand von seinem Anfechtungsrecht wirklich Gebrauch machen könne, ist zweckmäßigerweise vorgeschrieben, daß der Amtsrichter ex officio der Verwaltungsbehörde von jeder Anmeldung, dem Vereinsvorstand von jedem Einspruch Nachricht geben muß.

Diese Maßregeln, welche man[2]) sehr zutreffend als „verschleiertes Konzessionssystem" bezeichnet hat, und welche gleichfalls erst qerzweiten Lesung angehören, dürfen nicht verwechselt werden[3]) mit dem allgemeinen Aufsichtsrecht, welches jeder Partikularstaat über die in seinen Grenzen vorhandenen Vereine besitzen kann, und auch nicht mit der Pflicht zur polizeilichen Anmeldung eines Vereins und seiner öffentlichen Versammlungen.

Wenn ein zunächst zugelassener und eingetragener Verein späterhin sein Programm ändert und statt des wissenschaftlichen oder geselligen Zweckes einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck annimmt, so kann ihm die Rechtsfähigkeit nunmehr entzogen werden (§ 43 III); das Gleiche ist der Fall, wenn er statt des beliebigen idcalen Zweckes später einen wirtschaftlichen Zweck annimmt (§ 43 II) oder wenn der gleich anfangs vorhandene, aber im Hintergrunde stehende wirtschaftliche Zweck später in den Vordergrund tritt. Denn damit geht der Verein ja aus der Reihe der eintragungsbedürftigen in die der konzessionsbedürftigen über. Letzteren kann die Rechtsfähigkeit bei jeder Veränderung ihres satzungsmäßigen Zweckes entzogen werden (§ 43 IV). Auf alle beiden Arten von Vereinen bezieht sich die in § 43 I vorgesehene Möglichkeit einer Entziehung der Rechtsfähigkeit infolge gesetzwidrigen Verhaltens und gleichzeitiger Gefährdung des Gemeinwohls.

---

[1]) Vgl. Zeller, Das Verwaltungsstreitverfahren bei Einspruch gegen Vereine nach dem BGB. (im Verwaltungsarchiv, herausg. von Schultzenstein und Keil, Jahrg. VI, Berlin 1897, S. 27—47).

[2]) Reichstagskommissions-Ber. S. 1938.

[3]) Darauf machen mit Recht Endemann S. 199 und Heilfron S. 156 aufmerksam.

Digitized by Google

Für die nötigen Rechtsgarantien bei Entziehung der Rechtsfähigkeit ist durch die Vorschrift des § 44 I Sorge getragen, ebenso wie § 62 II (oben S. 165) dem Vereine die erforderlichen Rechtsgarantien gegenüber dem Einspruche der Verwaltungsbehörde gesichert hat.

Was im übrigen die Aufhebung und Auflösung eines Vereins betrifft, also diejenigen Thatsachen, welche entsprechend dem Tode einer physischen Person seine Rechtsfähigkeit und rechtliche Existenz vernichten, so ist darüber noch auf §§ 41 und 42 I, sowie auf § 73 (und § 74) zu verweisen.

Analog den für die physischen Personen und das Schicksal ihrer Hinterlassenschaft geltenden Normen kann auch das Vermögen eines zu Grabe getragenen Vereins den neuen Rechtsnachfolger entweder durch eine dem Testamente entsprechende Anordnung des Vereines selber erhalten oder durch die der Intestaterbfolge entsprechenden gesetzlichen Aushilfebestimmungen. Darüber verordnen das Nähere §§ 45 und 46. Nur insofern besteht eine im Interesse der Gläubigerschaft sehr zweckmäßige Abweichung, als (§ 47) ein Liquidationsverfahren unbedingt stattfinden muß (sofern nicht das Vereinsvermögen an den Fiskus fällt, der ja für die etwaigen Schulden aufkommen oder sich mit denjenigen Mitteln schützen mag, die er — vgl. unten S. 176 — auch als gesetzlicher Erbe besitzt; BGB. § 46). Über dieses Liquidationsverfahren enthalten die §§ 48—53 genauere Bestimmungen, auf welche ich nicht näher eingehen will.

Was die zur Eintragungsfähigkeit eines „idealen Vereins" im besonderen erforderlichen Normativbestimmungen betrifft, so sind diese in den §§ 55 ff. in überaus klarer Weise angegeben. Ihre Ergänzung finden diese Paragraphen wiederum in den auch für konzessionsbedürftige Vereine geltenden Normen der §§ 23 ff., wo über den Sitz, den Vorstand und die Mitgliederversammlung das erforderliche Maß an Detailvorschriften zu finden ist. Das Vereinsregister selber, welches beim (örtlich zuständigen) Amtsgericht geführt wird (§ 55) ist ähnlich dem Grundbuche und andern Registern nach

Digitized by Google

§ 79 jedem Interessenten zur Einsicht zu verstatten;[1]) die Eintragungen sind zum Schutze dritter Personen stets mit der jeweiligen Sachlage in Übereinstimmung zu halten (vgl. §§ 67, 71, 74 ff.), und zu den diesbezüglichen Anmeldungen können die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren durch Ordnungsstrafen angehalten werden (§ 78).

Durch diese Vorschriften wird die Rechtsstellung des Vereins nach außen markiert und dem Publikum eine genügende Garantie für seinen Geschäftsverkehr mit den Vereinen geboten. Dahin gehören auch die Bestimmungen der §§ 68 und 70, wonach sich gutgläubige Dritte auf die Eintragungen verlassen und berufen dürfen.

Einen wirksamen Schutz des Publikums enthalten aber vor allem auch die Vorschriften des Gesetzes über die Haftung des Vereins bezw. seiner Organe. Man vergleiche darüber den die Deliktsfähigkeit des Vereins positiv aussprechenden § 31 und ferner § 42 II (welche nach § 89 auch für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts gelten) und auch § 53.

Bei Vereinen, denen die Rechtsfähigkeit fehlt, kann natürlich nur eine Haftung desjenigen Vereinsmitgliedes in Frage kommen, welches namens des Vereins das Rechtsgeschäft schloß, so daß sich z. B. der Inhaber einer Kegelbahn nicht an die Kasse des Kegelklubs selber, sondern nur an dasjenige Klubmitglied halten kann, welches die Bahn belegte und etwa zum Stiftungsfeste das luxuriöse Abendessen bestellte (§ 54 Satz 2).[2])

Über die Stellung der einzelnen Vereinsmitglieder zu einander und zum Vereine besagen das Nähere §§ 32 bis 41. Von Interesse sind insbesondere § 39, welcher den Mitgliedern ein Austrittsrecht garantiert, und § 38, welcher die Mitgliedschaft als solche für unübertragbar erklärt vorbehaltlich allerdings gegenteiliger Bestimmung in der Satzung (§ 40).

Über Vereinsangelegenheiten, die nicht den Vereinsorganen überlassen sind, entscheidet die einfache Majorität der in der be-

[1]) Selbst ohne Nachweis eines „rechtlichen Interesses" (oben S. 71 Anm. 4).

[2]) Dazu vgl. wegen EBGB. Art. 10 Satz 2 oben S. 162 Anm. 2.

Digitized by Google

treffenden Versammlung erschienenen Mitglieder (§ 32), und nur die Änderungen der Satzung erheischen Dreiviertelmajorität (§ 33 I Satz 1); Änderungen des Vereinszweckes (die ja nach § 43 II—IV kritisch werden können; vgl. oben S. 166) erfordern sogar Einstimmigkeit aller, selbst der ausgebliebenen Mitglieder (§ 33 I Satz 2).

Sehr praktisch ist es, daß die Abstimmung auch ohne Versammlung schriftlich erfolgen darf (§ 32 II) und daß eine Minorität von einem Zehnteil der Mitglieder die Einberufung einer Versammlung durchsetzen kann (§ 37 I); als äußerst praktisch ist auch die den Verkehr des Vereins nach außen erleichternde Vorschrift des § 69 und für den Verkehr *mit* dem Verein die Vorschrift des § 28 II zu begrüßen.

§ 34. Die Stiftungen.

Außer den „Vereinen" interessieren als „Juristische Personen" die in BGB. §§ 80—88 behandelten Stiftungen des reinen Privatrechts. Unter „Stiftung" ist indessen nicht alles zu verstehen, was der gewöhnliche Sprachgebrauch darunter begreift. Denn dieser nennt es auch eine Stiftung, wenn jemand einmal einen bestimmten Betrag für eine bestimmte Handlung (z. B. zur Bescherung der Zöglinge einer Blindenanstalt) aussetzt oder wenn jemand zwar ein gewisses Kapital festlegt bezw. ein Grundstück schenkt, damit die Kapitalszinsen bezw. das Grundstück zu einem bestimmten Zwecke regelmäßig verwendet werden (z. B. zu Studentenstipendien bezw. als Jugendspielplatz), wenn aber diese sog. Stiftung nicht selbständig werden, sondern lediglich von einer bestehenden Rechtsperson (Universität oder Kommune) verwaltet werden soll. — Umgekehrt ist aber auch bisweilen manches im Rechtssinne als Stiftung zu betrachten, was sich anders nennt, z. B. Krankenanstalt, Armenanstalt, Siechenhaus.[1])

Zur Rechtsfähigkeit bedarf eine wahre Stiftung der *staatlichen Genehmigung* (§ 80); hier ist also das Konzessionssystem

[1]) Sammlungen zu einem konkreten Zwecke (für ein Denkmal, für die Ueberschwemmten) werden nur ausnahmsweise und erst nach fester Organisation des Unternehmens als Stiftungen konstruierbar sein. Vgl. Heilfron S. 171 Anm. 1 und auch Riedel S. 187 und ferner Kuhlenbeck S. 246, sowie BGB. § 1914.

Digitized by Google

(oben S. 160) angenommen worden, welches ja in diesem Punkte zur Zeit fast alle Rechtssysteme Deutschlands beherrscht.[1]) Dies Konzessionssystem ist bei Stiftungen durchaus angebracht, weil es der unbeschränkten Ansammlung von Kapitalien in der toten Hand und der auf lange Zeiten berechneten Festlegung von Vermögensmassen einen Riegel vorschiebt.

Der Staatsgenehmigung muß aber noch etwas anderes vorangehen: das eigentliche Stiftungsgeschäft, das ein Rechtsakt unter Lebenden sein kann (§§ 81 f.) oder ein Rechtsakt von Todeswegen (§ 83). Über die Form des letzteren (insbesondere Testament)[2]) schweigt das BGB.

Dagegen gibt das BGB. über die Form des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden in § 81 I die Vorschrift, daß Schriftlichkeit erforderlich, aber auch genügend sein soll. Diese Beschränkung auf die einfache Schriftform, während sowohl das gemeine Recht wie das preußische Landrecht (II, 4 § 29 für die Familienstiftung) schwerere Formen wählten, ist erst bei den Plenarberatungen im Reichstage aufgenommen worden, und zwar mit Rücksicht darauf, daß durch die Unentbehrlichkeit der Staatsgenehmigung ja ohnedies Garantien für klare und deutliche Erklärung des Stiftungswillens geschaffen worden seien. Das Nähere über die Schriftform ergibt BGB. § 126 I (unten S. 237 ff.).

Die Willenserklärung des Stifters ist nun nicht etwa (wie die erste Lesung § 58 Satz 2 es wollte) unwiderruflich; die letztwillige Stiftung kann insoweit und in der Art widerrufen werden, wie jede letztwillige Erklärung. Aber auch die Stiftung durch Erklärung inter vivos ist widerruflich. Und da sie kein Vertrag, sondern eine ganz einseitige Erklärung[3]) ist, also auch keines Acceptanten bedarf, so ist der Widerruf nicht einmal auf die Regeln über den Rücktritt von einem Vertrage beschränkt, vielmehr ist der Widerruf

---

[1]) Vgl. ALR. II, 6 § 26 und II, 19 § 42, sowie Preuß. Gesetz vom 23. Februar 1870 § 1 Nr. 1.

[2]) Aber auch Erbvertrag. Vgl. über den anscheinend widersprechenden § 2278 Planck S. 121 Anm. 1.

[3]) Riedel S. 195 (211) will auf sie die Kreationstheorie anwenden.

Digitized by Google

im Prinzipe ganz frei. Dieses Recht des Widerrufs erlischt aber, sobald die Stiftung die staatliche Genehmigung erlangt hat (§ 81 II Satz 1). Der Widerruf kann in beliebiger Form erklärt werden und an eine beliebige Adresse; letzteres jedoch nur bis das Gesuch um Genehmigung bei der zuständigen Behörde eingereicht ist: von diesem Augenblick an muß der Widerruf an die Adresse dieser Behörde gerichtet werden (§ 81 II Satz 2). Auch die Erben können im Prinzip von dem Widerrufsrecht des Stifters Gebrauch machen, aber nur, wenn er das Gesuch um Genehmigung noch nicht eingereicht hatte (§ 81 II Satz 3).

Die wirkliche Erteilung der Genehmigung dagegen ist insofern wichtig, als nunmehr der Stifter gebunden ist, das Vermögen zu übertragen (§ 82 Satz 1). Statt der wirklichen Cession der lediglich durch Abtretungsvertrag (§§ 398 ff.) abtretbaren Rechte[1]) tritt jetzt bei der Stiftung inter vivos sogar eine cessio legis ein (§ 82 Satz 2), wogegen es z. B. für Eigentumsübertragung bei Immobilien der Auflassung und Eintragung bedarf (§§ 925 I und 873 I), bei Mobilien der Tradition nebst entsprechender Willenseinigung der Interessenten (§ 929).

Die Genehmigung der Stiftung hat, gleichviel ob es sich um eine Erklärung inter vivos oder mortis causa handelt,[2]) nach § 84 rückwirkende Kraft, indem die Fiktion Platz greift, die Stiftung habe schon vor dem Tode des Stifters Rechtspersönlichkeit gehabt. Dadurch wird die berühmte gemeinrechtliche Kontroverse, welche sich an den Staedelschen Beerbungsfall in Frankfurt a. M. (1815) anschloß (ob nämlich eine noch nicht bestehende Stiftung, also ein noch nicht vorhandenes Rechtssubjekt Erbe werden könne), in positiver Weise entschieden. Die praktische Wirkung des § 84 geht insbesondere dahin, daß die Nutzungen, Früchte und Zinsen der Zwischenzeit der Stiftung zu Gute kommen.[3])

---

[1]) Ueber die nicht zahlreichen Anwendungsfälle (BGB. §§ 397 f., 413, 1069, 1274) Riedel S. 208.

[2]) Riedel S. 205 bezieht den § 84 nur auf Stiftungen von Todeswegen. Anders Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 83 oben).

[3]) Riedel S. 205.

Digitized by Google

Über das Ende der Stiftung sprechen §§ 87 f. Die Stiftung kann dem Gemeinwohl gefährlich werden oder es kann sich die Erfüllung ihres Zweckes als unmöglich erweisen, indem z. B. das gestiftete Kapital verloren geht oder indem das gestiftete Museum nebst allem Inhalt verbrennt oder indem diejenige Familie ausstirbt, für deren Mitglieder die Stiftswohnungen und Stiftsgelder bestimmt waren. Dann darf die zuständige Behörde die Stiftung aufheben oder eine „Konversion" vornehmen, d. h. dem Fonds eine andere Zweckbestimmung geben (§ 87 I), die aber (nach § 87 II) möglichst den Intentionen des Stifters und dem Interesse des bedachten Personenkreises Rechnung tragen soll. Erlischt die Stiftung gänzlich und ist über die Schicksale des Fonds in der Stiftungsurkunde nichts gesagt worden, so muß nach § 88 Satz 2 dasselbe Liquidationsverfahren eintreten, wie es nach §§ 47—53 bei aufgelösten Vereinen stattfindet, es sei denn, daß der Fiskus den Fonds erhält; der Fiskus ist aber höchstens zufolge BGB. § 85 auf Grund der Stiftungsurkunde oder des ihr vorgehenden Partikularrechts der eventuelle Erbe, das BGB. selber sieht dies nicht (wie bei Vereinen, oben S. 167) vor.

Gleich der Korporation muß auch die Stiftung eine Verfassung haben, welche sich zufolge des eben erwähnten § 85 zunächst nach etwaigen Normen des Reichsrechtes oder des Landesrechtes richtet und eventuell nach dem Stiftungsakte selber (§ 85).

Für die Organisation der Stiftung ist § 86 wichtig, der einen Teil der Bestimmungen über die Vereine auch auf die Stiftungen für anwendbar erklärt, einen andern Teil dieser Bestimmungen dagegen nicht citiert, also von der Anwendbarkeit ausschließt. — Auch für die Stiftungen gelten im allgemeinen die Bestimmungen der §§ 26—31 über den Vorstand (der bei Stiftungen oft den Namen „Kuratorium" führt) und, wie wir bereits sahen, zufolge § 88 die Bestimmungen über das Liquidationsverfahren (§§ 46—53). Nicht gelten § 27 I und II und, abgesehen von § 42, die §§ 32 bis 45; sie alle gelten deshalb nicht, weil sie von den Mitgliedern und ihren Rechten sprechen, während die Stiftung keine Mitglieder

Digitized by Google

hat, der anspruchsberechtigte Personenkreis (z. B. die weiblichen Mitglieder der Familie X) vielmehr höchstens Gläubigerrechte besitzt.[1]) §§ 43—45 insbesondere kommen für Stiftungen nicht in Betracht, weil für diese sich die Aufhebung nach den Sondervorschriften des § 87 richtet.

§ 35. Anhang. Einzelne juristische Personen, insbes. der Fiskus.

Wie wir außer den Vorschriften des BGB. in §§ 1—20 noch viele andere Gesetzesstellen kennen lernten, die von den physischen Personen handeln, so gedenkt das BGB. auch der juristischen Personen noch sehr oft und desgleichen das EBGB. Es geschieht sowohl der „juristischen Personen" überhaupt Erwähnung, wie einzelner Arten derselben. Im letzteren Falle handelt es sich aber durchweg[2]) um juristische Personen des öffentlichen Rechts, und zwar begegnen außer den schon vorher (oben S. 157) erwähnten „Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts"[3]) und außer dem nachher genauer ins Auge zu fassenden Fiskus (Reichsfiskus, Landesfiskus, Reich,[4]) Staat,[5]) Bundesstaat[6])) noch „Gemeinden und andere Kommunalverbände"[7]) oder „Gemeinden" allein — diese sogar sehr oft[8]) und mit wichtigen materiellen Sonderrechten[9])

[1]) Vgl. Cosack S. 116 sub 4.

[2]) Die in § 196 Nr. 11 wegen kürzerer Frist für die Verjährung ihrer Ansprüche erwähnten „Privatanstalten" sind nicht notwendig juristische Personen; denn darunter fallen auch z. B. kleine Privatschulen und Privatkliniken. Auch die dort und in EBGB. Art. 114, 118, 121 erwähnten „öffentlichen Anstalten" sind unter Umständen (vgl. oben S. 157/158) nur unselbständige Verwaltungsabteilungen juristischer Personen, ebenso die in BGB. § 981 I erwähnten Reichs- und Landesbehörden und -anstalten, sowie die oft (z. B. in §§ 978 ff., 1807 I Nr. 5) erwähnten Behörden bezw. die in § 981 I (unten Anm. 9) und in § 1807 I Nr. 4 (unten S. 174 Anm. 2) begegnenden Gemeindeanstalten und kommunalen Kreditanstalten.

[3]) Vgl. EBGB. Art. 85, 91, 100, 101. — „Verbände und Anstalten" des öffentlichen Rechts erwähnt EBGB. Art. 103, „öffentliche Anstalten" Art. 114.

[4]) Vgl. BGB. §§ 395, 795 IV.

[5]) Vgl. EBGB. Art. 77, 103, 114, 118, 121; vgl. auch Art. 92.

[6]) Vgl. BGB. § 395, § 795 IV, EBGB. Art. 97 I, 100, 101.

[7]) EBGB. Art. 77, BGB. § 395.

[8]) Nicht hierher gehört BGB. § 2249 I.

[9]) So in § 976 (vgl. §§ 977, 981) bezüglich der in ihren Geschäftsräumen, Beförderungsmitteln und Verkehrsanstalten gemachten Funde; in § 2072 wegen letztwilliger Zuwendungen an „die Armen"; in EBGB. Art. 71 Nr. 6 wegen eines Regreßanspruchs an die Eigentümer der zu einem Jagdbezirke vereinigten Grundstücke.

Digitized by Google

und -Pflichten[1]) — oder „kommunale Körperschaften“[2]) oder „Orden und ordensähnliche Kongregationen“[3]) und „Religionsgesellschaften und geistliche Gesellschaften“.[4])

Wir wollen nun die Einzelnormen betreffs dieser Einzelformen juristischer Personen des öffentlichen Rechts nicht genauer untersuchen, uns vielmehr mit der Betrachtung der weiteren Bestimmungen über „Juristische Personen“ überhaupt und mit einem Blicke auf die Spezialbestimmungen über den „Fiskus“ begnügen.

Von „juristischen Personen“ ist namentlich im erbrechtlichen Buch V die Rede. Diese Bestimmungen sind uns aber bereits bekannt, da es dieselben Paragraphen sind, die vom nondum conceptus (oben S. 102) sprechen; wie bei dessen Einsetzung, so ist auch bei Einsetzung einer beim Tode des Testators noch nicht zur Entstehung gelangten juristischen Person eine Nacherbfolgschaft (Vulgarsubstitution) anzunehmen: § 2101 II. Vgl. dazu noch §§ 2105 II, 2106 II Satz 2, 2109 II, ferner §§ 2163 II, 2044 II Satz 3.

Rechtsverhältnisse unter Lebenden, bei denen juristische Personen erwähnt werden, sind nur nach § 1061 Satz 2 der Nießbrauch und (mittelbar) nach § 1090 II die beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Beide erlöschen nämlich, wenn sie einer juristischen Person zustehen, zugleich mit dieser juristischen Person (wie sie mit dem Tode des Berechtigten untergehen, wenn dieser eine physische Person ist).

Das EBGB. erwähnt juristische Personen in dem uns bereits bekannten Art. 86,[5]) nach welchem gewisse partikularrechtliche Vorschriften über ihre Erwerbsfähigkeit aufrecht erhalten bleiben, und in Art. 139, wonach es auch bei gewissen erbrechtlichen Normen

---

[1]) So in EBGB. Art. 71 Nr. 6 (vorige Anmerkung) wegen Ersatz des Wildschadens und in § 77 wegen Haftung für unerlaubte Handlungen ihrer Beamten.

[2]) Und deren Kreditanstalten. Vgl. § 1807 I Nr. 4.

[3]) In EBGB. Art. 87, der aber von privilegia odiosa ihrer Mitglieder spricht.

[4]) In EBGB. Art. 84, der die partikularrechtlichen Vorschriften aufrecht erhält, wonach sie nur im Wege der Gesetzgebung Rechtsfähigkeit erlangen können.

[5]) Hierzu vgl. besonders auch Geigel im Archiv für katholisches Kirchenrecht (herausg. von Heiner) Bd. 76 (Mainz 1896) S. 273 ff.

Digitized by Google

des Partikularrechts sein Bewenden behält, die zu Gunsten des Fiskus oder anderer juristischer Personen bestehen (also z. B. bei den Ansprüchen, die nach ALR. II, 19 §§ 50 ff. eine öffentliche Armenanstalt u. dergl. gegen den Nachlaß der in ihr verstorbenen Pfleglinge besitzt).

Was nun den Fiskus betrifft, so hat das BGB. einen Teil derjenigen Privilegien aufrecht erhalten, die ihm im jetzigen Privatrecht zustehen. Eins dieser Vorrechte, den Anspruch auf vakantes Korporationsvermögen (aber nicht ohne weiteres auf vakantes Stiftungsvermögen) lernten wir bereits kennen (BGB. § 45 III, oben S. 167; vgl. BGB. § 85, oben S. 172).

Vor allem hat der Fiskus ein gesetzliches Erbrecht auf vakante Erbschaften (§ 1936). Dieses außerordentliche Intestaterbfolgerecht bildet einen Gegensatz zum ordentlichen Intestaterbfolgerecht der fünf Ordnungen der Verwandten und zum konkurrierenden Erbrecht der Ehegatten (§§ 1924—1934). Es succediert: der Bundesstaat, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehörte; bei doppelter Staatsangehörigkeit jeder der mehreren Bundesstaaten nach Kopfteilen; bei bloßer Reichsangehörigkeit (z. B. eines Eingeborenen in einem der Schutzgebiete, oben S. 149) der Reichsfiskus. Das Intestaterbrecht des Fiskus wird durch das Nachlaßgericht — aber nur mit der Wirkung einer widerlegbaren Vermutung — festgestellt, sofern sich nicht binnen einer den Umständen (z. B. der weiten Entfernung des Geburtsortes des Erblassers) entsprechenden Frist der Erbe ermitteln läßt (§ 1964), und erst jetzt ist der Fiskus aktiv und passiv als successor defuncti legitimiert (§ 1966). Der Feststellung durch das Nachlaßgericht muß zufolge § 1965 in der Regel ein Ediktalverfahren mit Anmeldungsfrist vorangehen, an welche sich dann eine weitere Präklusivfrist von drei Monaten für den Nachweis anschließt, daß das Erbrecht einer bestimmten Person[1]) besteht oder gegen den Fiskus im Wege der Klage (Feststellungsklage, CPO. § 231) geltend gemacht worden ist.

[1]) Dies kann zufolge Testamentes auch eine juristische Person, z. B. die Stadtgemeinde sein.

Digitized by Google

Mittels dieses außerordentlichen Intestaterbfolgerechts hat also der Gesetzgeber den Fiskus in den Kreis der „gesetzlichen Erben" aufgenommen. In zwei Richtungen aber stößt er ihn wieder aus diesem Kreise heraus und nach zweien andern Richtungen modifiziert er seine Stellung.

Nicht als gesetzlicher Erbe im sonstigen Sinne des gesetzgeberischen Sprachgebrauchs ist der Fiskus zu betrachten: einmal betreffs des Nacherbrechts der gesetzlichen Erben, welches Platz greift, wenn der testamentarische Erbe nur bis zu einem bestimmten Augenblicke (Kalendertag oder Ereignis) Erbe sein soll, ein Nacherbe aber nicht ausdrücklich genannt ist (§ 2104 Satz 2); sodann betreffs des Anspruchs der gesetzlichen Erben auf einen dem testamentarischen Erben ausdrücklich entzogenen Erbschaftsgegenstand (§ 2149).

Die Modifikationen der Rechtsstellung des Fiskus als außerordentlichen Intestaterben sind folgende: Während jeder andere Intestaterbe befugt ist, die Erbschaft, die ihm mit dem Tode des Erblassers angefallen ist (§ 1922 I), auszuschlagen (§ 1942 I), ist dem Fiskus dies Recht versagt (§ 1942 II): natürlich! denn sonst würde niemand übrig bleiben, der den Nachlaß in Empfang nähme und bei dem somit die hinterbliebenen Gegenstände einen Eigentümer fänden. Für den Fiskus gilt also der Satz: semel heres semper heres. — Andererseits soll dem Fiskus nicht aus seiner Pflicht zur Annahme der Erbschaft die Unannehmlichkeit erwachsen, daß er nun für die Nachlaßschulden auch über den Wert des Nachlasses hinaus haften müßte. Daher kann er sich wie jeder andere Erbe von dieser Pflicht durch Einreichung eines Nachlaßverzeichnisses befreien; während aber jeder ordentliche Erbe vom beneficium inventarii nur innerhalb der ihm vom Nachlaßgericht gesetzten „Inventarfrist" (§ 1994 I) Gebrauch machen darf, ist der Fiskus in der angenehmen Lage, daß er mit der „Inventarerrichtung" (§ 1993) an keine Frist gebunden ist, da ihm keine Frist bestimmt werden darf, er vielmehr nur zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses an die Nachlaßgläubiger verpflichtet ist (§ 2011). Dies alles (§ 1942 II und § 2011) sind Neuerungen im Vergleiche

Digitized by Google

zum ALR., das (II, 16 § 25) den Fiskus auch hier in seinen Pflichten wie in seinen Rechten lediglich einem „gemeinen" Erben gleichstellt.

Dem Intestaterbrecht des Fiskus verwandt und wie der bereits (oben S. 167) erwähnte Anspruch auf das Vermögen eines aufgelösten Vereins (§ 45 III) auf den gleichen legislatorischen Erwägungen beruhend und gleich dem fiskalischen Erbrechte (ALR. II, 16 § 4) auch schon im ALR. (II, 16 § 3, §§ 12 ff.) vorgesehen ist der Anspruch des Fiskus auf derelinquierte Grundstücke (§ 928 II). Daß in allen diesen Beziehungen nach Partikularrecht an Stelle des Fiskus andere juristische oder physische Personen treten können (EBGB. Art. 85, 129, 138), interessiert für Preußen im besonderen nicht, oder doch nur, was das Intestaterbrecht von Armenanstalten und milden Stiftungen und ihren Vorrang vor dem Fiskus betrifft (ALR. II, 16 § 22).

Neu, wenigstens in dieser generellen Weise, ist der Anspruch des Fiskus auf den nicht reklamierten Versteigerungserlös gewisser Funde (§ 981 I): bisher gab es in dieser Richtung nur Ansätze zu einer Rechtsentwickelung betreffs der in Seenot vom Strande aus geborgenen Gegenstände, betreffs des Seeauswurfs und der strandtriftigen Güter nach § 35 I der Reichsstrandungsordnung vom 17. Mai 1874, betreffs unbestellbarer Postsendungen und vergessenen Postpassagierguts nach § 26 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 und betreffs der Funde in Bahnwagen nach § 33 der Eisenbahnbetriebsreglements vom 10. Juni 1870 und 11. Mai 1874.

Partikularrechtlich kann der Fiskus auch Eigentümer der hinterlegten Gelder und Wertpapiere und auch sonstiger Depositа werden, wenn sie unabgeholt bleiben (EBGB. Art. 145 I Satz 1; vgl. BGB. § 233); die Preußische Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 § 7 kennt dies nur bezüglich hinterlegten Geldes. Gänzlich gegenstandslos für Preußen[1]) ist der Vorbehalt des EBGB. Art. 91 zu Gunsten gesetzlicher Hypothekentitel des Fiskus.

Der „Staat" (das „Reich") ist genannt, aber der „Fiskus" gemeint in BGB. § 395, der ein bekanntes Kompensations-

[1]) Anders nach dem Sächs. BGB. § 393 und nach dem bayer. Hypotheken-Ges. vom 1. Juni 1822 § 12. Vgl. Mot. zum EBGB. S. 199.

Digitized by Google

privileg[1]) wiederholt, und ferner in EBGB. Art. 77, 97 I, 100, 103, 114, 121.[2]) — Fiskalische Privilegien ergeben sich auch aus dem schon (oben S. 139 f.) erwähnten § 411, sowie hinsichtlich der Verjährungsfrist aus § 197 (vgl. auch EBGB. Art. 80 I) betreffs der Pensionsforderungen u. dergl. an den Fiskus, sowie aus EBGB. Art. 92 betreffs aller Zahlungen aus öffentlichen Kassen.[3])

Nicht dagegen hat das BGB. die verlängerten Verjährungsfristen gegen den Fiskus und seine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung gewisser kurzer Verjährungsfristen[4]) aufgenommen, vor allem aber auch nicht die vermögensrechtlichen Ansprüche des preußischen Fiskus gegen Privatpersonen aus deren unerlaubten Verträgen[5]) und darum seinen Anspruch auf verfassungswidrige Diäten eines Reichstagsabgeordneten, auf den Gewinn in einer außerpreußischen Lotterie und auf unkonsentierte Offiziersdarlehen.

Zweiter Abschnitt. Sachen. § 36. Vorbemerkung.

Der zweite Abschnitt des ersten Buchs[6]) behandelt — ohne weitere Unterteilung — die „Sachen" in den 14 §§ 90 bis 103.

Hier finden wir, wie wir schon bei anderer Gelegenheit[7]) sahen, im wesentlichen nur Definitionen und faktische Begriffsabgrenzungen, dagegen wenig eigentliche Rechtsregeln. — Auch diese

[1]) Vgl. ALR. I, 16 § 368.

[2]) Diese sprechen von der Haftung des Staates für unerlaubte Handlungen der Beamten; von der Notwendigkeit der Eintragung der Staatsgläubiger in ein Staatsschuldbuch; von Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die ein Bundesstaat ausstellt; von den Ersatzansprüchen des Staates gegen die von ihm auf Grund öffentlichen Rechts unterhaltenen Personen oder deren unterhaltspflichtige Angehörige; von der Entbehrlichkeit grundbuchmäßiger Eintragung der staatlichen Ablösungsrenten u. s. w. und von der Exnexuation abgetrennter Grundstücksteile, die mit einer Reallast für den Staat belastet sind. Vgl. ferner BGB. § 795 IV.

[3]) Hierdurch wird z. B. ALR. I, 16 § 53 aufrecht erhalten.

[4]) Vgl. ALR. I, 9 § 629 und I, 14 § 177.

[5]) Vgl. ALR. I, 16 §§ 172 f. und dazu Reichsverfassung Art. 32, ALR. I, 11 §§ 684, 714, 744 ff., 1070 f., I, 16 §§ 205 f. Vgl. auch Heilfron S. 444 Anm.

[6]) Hierzu sowie zu Abschnitt III bis VI konnten die Ausführungen von Kuhlenbeck Teil I zweite Hälfte (Abschn. IV—VI S. 263—582) nur noch während der Korrektur berücksichtigt werden.

[7]) Oben S. 93.

Digitized by Google

Fragen sind erst seit der zweiten Lesung in den Allgemeinen Teil gestellt worden, die erste Lesung behandelte sie innerhalb des dritten Buches „Sachenrecht" (in den §§ 778—780, 782—786, 788—795).

Der zweite Abschnitt beschäftigt sich im einzelnen mit folgenden Angelegenheiten und Begriffen: Sache (§ 90), vertretbare Sache (§ 91), verbrauchbare Sache (§ 92), Bestandteil (§§ 93—96), Zubehör (§§ 97, 98), Früchte und Nutzungen (§§ 99—102) und Lasten einer Sache (§ 103).

Unerwähnt bleiben dagegen — an dieser Stelle des Gesetzbuches wenigstens — eine Reihe anderer Unterscheidungen, welche man sonst in den Lehrbüchern und auch in den Gesetzbüchern (vgl. ALR. Teil I Tit. 2) anzutreffen pflegt, so die Unterscheidungen zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, Sachen innerhalb oder außerhalb des Verkehrs, Sachinbegriffen, Hauptsache und Nebensache, teilbare und unteilbare Sache. Vgl. darüber unten S. 204 ff.

§ 37. Sachen; körperliche Gegenstände.

Wenden wir uns zunächst zu den vom BGB. selber in den Kreis seiner allgemeinen Betrachtungen hereingezogenen Unterschieden.

In § 90 grenzt der Gesetzgeber seinen eigenen Sprachgebrauch dahin ab, daß „Sachen" im Sinne des BGB. nur körperliche Gegenstände seien. Damit will der Gesetzgeber aber nur sagen, was gemeint sei, wenn er — wie z. B. in den §§ 91 ff. — von „Sachen" spricht; nicht etwa will er damit leugnen, daß auch unkörperliche Gegenstände (z. B. eine Darlehensforderung, ein Zinsanspruch oder ein Patentrecht oder der Namen, BGB. § 12, oben S. 122 ff.) Gegenstände — Objekte — des Rechtsverkehrs und des Rechtsschutzes sein können,[1]) und ebensowenig will er dies betreffs der Personen leugnen, die auch ihrerseits ja nicht immer nur als Subjekte, sondern auch als Objekte von Rechtsverhältnissen in Betracht kommen (wie z. B. das Kind als Objekt der elterlichen Gewalt, der Bevormundete als Objekt des Vormundschaftsrechts).

Wo aber der Gesetzgeber auch an unkörperliche Rechtsobjekte denkt, vermeidet er den durch § 90 auf die res corporales be-

[1]) Vgl. auch Endemann S. 225, Riedel S. 246 f.

Digitized by Google

schränkten Ausdruck „Sachen" und spricht von „Gegenständen". Diese terminologische Unterscheidung wird sehr klar durch einen Blick auf § 434 im Vergleich mit § 433 I Satz 1 und 2 (§ 437), 581 I Satz 1 mit 535 Satz 1, § 2165 I Satz 1 mit § 2164 I, 1068 I und II im Vergleich mit §§ 1030 ff. — Vgl. auch z. B. § 2182 I und II, ferner §§ 256, 260, 290, 292 I, § 1085 Satz 1, § 2149 Satz 1, § 2169 I bis IV.

Auch Naturkräfte, wie die Elektrizität[1]) oder wie die Wasserkraft des Rheinfalles, welche im modernen Verkehrsleben einen gar erheblichen Wert besitzen, können sehr wohl Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sein, z. B. indem die elektrische Centrale einer Stadt gegen Entgelt ein gewisses Quantum Elektrizität an Privatleute zu Beleuchtungszwecken überläßt oder indem ein Industrieller die Wasserkraft der Masurischen Seen mittels Maschinerien in eine andere motorische Kraft, insbesondere etwa wieder in Elektrizität verwandelt. Er kann z. B. von den Anwohnern bezw. vom Staate diese Wasserkraft „pachten" und, nachdem er sie in Elektrizität umgesetzt hat, weiter „verpachten": beide Verträge würden zweifellos unter die Begriffsbestimmung des § 581 I Satz 1 fallen, aber nicht unter die des § 90. Die in jüngster Zeit viel erörterte Frage, ob die Elektrizität eine „Sache" sei, ist daher jedesfalls vom Standpunkte des BGB. und seiner engen Definition des Sachbegriffs zu verneinen, mag man sich zu ihr im kriminalrechtlichen Sinne der Anwendbarkeit des Diebstahlsparagraphen (StGB. § 242)[2]) stellen, wie man will. Daher werden wir auf die Elektrizität als solche z. B. die Vorschriften des BGB. §§ 459 ff. über Gewährleistung wegen Mängel der verkauften Sache nicht anwenden dürfen, sondern höchstens auf die zur Erzeugung der Elektrizität vorhandenen Ein-

[1]) Vgl. Endemann S. 226 ff., insbes. Anm. 7.

[2]) Zu dieser viel erörterten Frage sind die neuesten Aeußerungen die von Guttmann im Archiv für Strafrecht Jahrg. 45 Heft 2 (Berlin 1897) S. 84 bis 92 (dort wird auch die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 17 S. 273 und die gesamte bisherige Litteratur zu obiger Frage erwähnt und beurteilt), sowie von Baron und Wittko in der Deutschen Juristenzeitung III (1898) Nr. 3 S. 49 ff. und Nr. 4 S. 76 f. Vgl. auch Ritter im Anhang zu der Broschüre: Das Recht an Straßen (Dessau 1897).

Digitized by Google

richtungen. Das gleiche Resultat würde sich ergeben für BGB. §§ 849, 851, 228 f. (Sachbeschädigung, insbesondere auch im Falle des Notstandes oder zum Zwecke der Selbsthilfe); bloße Ableitung des elektrischen Stromes (um ihn heimlich zu verwerten, aber auch z. B. um die durch ihn verursachten Störungen in Meßinstrumenten zu beseitigen) wäre also hierunter nicht zu rechnen; ebensowenig unter die von eingebrachten Sachen handelnden §§ 706 II und 1528 II.[1])

Der Mensch als solcher ist im modernen Recht, das Sklaven und ihre Gleichstellung mit dem Vieh oder den leblosen Dingen nicht mehr kennt, natürlich erst recht keine „Sache" im Sinne des § 90: doch können einzelne Körperteile, so die schönen Zöpfe eines Mädchens oder die für ärztliche Untersuchungszwecke interessanten Auswüchse der Nase oder die sechsfingrige Hand immerhin als Gegenstände des Rechtsverkehrs, ja sogar als „Sachen" in Betracht kommen und nicht minder der künftige Leichnam.[2])

§ 38. Vertretbare Sachen, Gattungssachen, verbrauchbare Sachen.

BGB. § 91 spricht von „vertretbaren" Sachen und gibt für diesen Begriff lediglich eine Verdeutschung der bekannten l. 2 § 1 Dig. de rebus creditis 12, 1, welche von den res spricht, quae pondere, numero, mensura consistunt.

Die vertretbaren Sachen sind demnach solche, welche nicht als individuelle Exemplare, sondern als Gattungssachen interessieren, so daß es nach der Verkehrsanschauung gleichgültig ist, ob gerade dies Stück x oder das ihm völlig gleiche Stück y gewählt wird. Bestelle ich mir 3 Liter Gravensteiner Äpfel, 20 Flaschen Rüdesheimer Berg 1893, einen Bechsteinschen Flügel von der Sorte zu 1000 Mark,[3]) 3 Pfund Schweizerkäse, 6 Zentner Anthracitkohlen, ein Gebinde Münchener Hofbräu, ein Exemplar der Beckschen Aus-

[1]) Andere Gesetzesstellen, in denen „Sachen" erwähnt werden, vgl. auch unten S. 204 ff., sowie bei Riedel S. 232 Anm. *).

[2]) Vgl. dazu insbes. Hellmann S. 33 f., der namentlich die Anwendbarkeit der §§ 953, 958 II, 138 I erörtert. Abweichend Endemann S. 229 sub III, 1.

[3]) Nicht ganz genau hier Heilfron S. 307 Anm. 3.

Digitized by Google

gabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ein Adler-Fahrrad Nr. 31 oder 400 Rubel, so lege ich eben nur Gewicht darauf, derartige Stücke zu erhalten, und der Lieferant kann aus den vielen Exemplaren, die er davon hat, irgend eines auswählen, da sie alle untereinander gleichwertig sind und sich zumeist auch so gleichen, wie ein Ei dem andern.

Deshalb fallen die „vertretbaren Sachen" offenbar[1]) unter den Begriff der im Gesetze vereinzelt begegnenden „Gattungssachen"; doch versteht das BGB. unter diesem Begriffe in den betreffenden Stellen auch solche Gegenstände, die an sich nicht zu den vertretbaren Sachen gehören, vielmehr in den einzelnen Exemplaren sehr verschieden ausfallen können, aber im konkreten Falle von den Interessenten lediglich der Gattung nach bestimmt sind (wie etwa vierjährige Remonten oder holländische Kühe oder Heizkohlen oder ein Glas „Echtes").

Die Rechtssätze des BGB. über Gattungssachen sind sehr wichtig: Bildet eine Gattungssache den Gegenstand eines Schuldverhältnisses, so ist (wie im Handelsrecht — Art. 335; neue Fassung § 360 — mangels näherer Bestimmung über Beschaffenheit und Güte des Handelsguts) nur eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten (§ 243 I; cf. ibid. II), wogegen sich die Qualität der Gattungssache, wenn sie den Gegenstand eines Vermächtnisses bildet, nach den Verhältnissen des Bedachten richtet (§ 2155 I): so daß z. B. von den drei Reitpferden, die sich im Nachlasse befinden und die den drei Neffen des Testators vermacht worden sind, der Kavallerieoffizier das beste beanspruchen darf, der Infanterieoffizier das nächstbeste, der Civilist das schlechteste. — § 279 wiederholt den bekannten Grundsatz: genus perire non censetur; § 300 II läßt auch bei Gattungssachen wegen mora accipiendi des Gläubigers die Gefahr auf diesen übergehen, sobald der Schuldner ihm

[1]) Vgl. Heilfron S. 306/7, Riedel S. 266/267, Planck S. 128 Anm. zu § 91 und Hellmann S. 50, die zwischen beiden Begriffen unterscheiden, während Endemann sowie Scherer über Gattungssachen schweigen und Cosack S. 133 sub 2 seine Ansicht nicht deutlich genug erkennen läßt.

Digitized by Google

ein geeignetes Exemplar der Gattung angeboten hat. — Bei Kauf einer Gattungssache kann der Käufer seinen Gewährleistungsanspruch statt in der Form der Wandelungs- oder Minderungsklage dahin geltend machen, daß er Lieferung eines mangelfreien Stücks verlangt (§ 480 I).[1])

Während diese Paragraphen von den Gattungssachen sprechen, d. h. (vgl. S. 181) von der lediglich im konkreten Falle zum genus gemachten species, ist an anderen Stellen die Rede von den „vertretbaren Sachen", d. h. also von Sachen, welche gewöhnlich nur als genus interessieren und blos ausnahmsweise, blos unter besonderen Umständen als species in Betracht kommen. Diese vertretbaren Sachen, welche uns aus der Civilprozeßordnung[2]) als Gegenstände des Urkundenprozesses, des Mahnverfahrens, der vollstreckbaren Urkunden und des gewöhnlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens bekannt sind, können[3]) den Gegenstand eines Darlehens bilden (§ 607 I und II), und bei Hinterlegung vertretbarer Sachen unter Ermächtigung des Depositars zu ihrem Verbrauche oder zu bloßer Rückgewähr von Sachen gleicher Art, Güte und Menge greifen im allgemeinen die Grundsätze vom Darlehen Platz (§ 700 I Satz 1 und 2). Auch den Gegenstand einer „Anweisung" können sie bilden (§ 783), und die von einem Gesellschafter eingebrachten vertretbaren Sachen werden in dubio Miteigentum aller Gesellschafter (§ 706 II Satz 1).

An dieser Stelle ist zugleich die Rede von verbrauchbaren Sachen, und auch der eben erwähnte § 700 I Satz 2 spricht von der Möglichkeit des Verbrauchs einer vertretbaren Sache. Unter diesen „verbrauchbaren Sachen" versteht BGB. § 92 solche Mobilien, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in Verbrauch oder Veräußerung besteht. Darunter gehören die meisten vertretbaren Sachen,

[1]) Vgl. wegen Tiermangels im besonderen § 491 I Satz 1. Einer ausdrücklichen Vorschrift in § 491 I Satz 1 bedurfte es, weil zufolge des § 481 der § 480 nur insoweit gilt, als §§ 482 ff. nichts Besonderes anordnen, und weil nach § 491 I Satz 2 auf diesen Fall eben nicht § 480, sondern §§ 488 bis 490 Anwendung finden sollen. — Vgl. ferner wegen Schenkung bezw. Vermächtnis einer Gattungssache §§ 524 II und 2182 f.

[2]) CPO. §§ 555, 628, 702 Nr. 5, 770.

[3]) Vgl. auch negativ § 473 Satz 1 und § 651 I Satz 2.

Digitized by Google

aber nicht alle.[1]) Zwar die Äpfel, der Wein, der Käse, die Kohlen, das Geld, das Bier (oben S. 181) sind zum Verbrauche bestimmt, aber das Zweirad und das Buch (oben S. 182) sind zwar zum Gebrauche bestimmt und unterliegen bei diesem Gebrauche einer Abnutzung, nicht jedoch zum Verbrauche; als verbrauchbare Sachen stellen sie sich darum höchstens insofern dar, als sie (und unter ihnen namentlich auch das Geld und die Wertpapiere) bestimmungsgemäß der Veräußerung dienen sollen.[3]) Wesentlich mit Rücksicht hierauf ist die Vorschrift des § 92 II aufgenommen worden, nach welcher z. B. das Buch, so lange es sich beim Buchhändler befindet, verbrauchbar ist,[4]) nicht dagegen, sobald es in Privateigentum überging.[5]) Da § 92 II aber der Wirklichkeit streng genommen nicht entspricht, so haben wir es hier mit einer gesetzlichen Erweiterung des Begriffes, mit einer Fiktion zu thun;[6]) zugleich auch mit einer Erweiterung des Begriffes gegen den landrechtlichen Begriff,[7]) der sich (I, 2 § 120) nur auf Sachen bezieht, „welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können", also auf die „Konsumptibilien" im engsten Sinne.

[1]) Kleidungsstücke hält Cosack S. 133 für verbrauchbar, Heilfron S. 309 Anm. 5 für nicht verbrauchbar.

[2]) Daß Inhaber- und Ordrepapiere (mit Blankoindossament) verbrauchbare Sachen sein können, beweist das Gesetz selbst durch §§ 1084, 1392 I Satz 2 und 3, 2116 I Satz 2 und 3, 1814 Satz 2 und 3.

[3]) Beispiele für verbrauchbare, aber nicht vertretbare Sachen bei Heilfron S. 309.

[4]) Verbrauchbare Sache kann darnach z. B. auch ein Fahrrad sein Nicht etwa, weil es sich allmählich abnutzt (dadurch würde nicht einmal die Uebungsmaschine beim Fahrradhändler zur verbrauchbaren Sache werden) oder weil vom einseitigen Standpunkte des Händlers aus sein „Gebrauch in der Veräußerung besteht", § 92 I (denn auch der „bestimmungsgemäße Gebrauch" des aus einer Hundezüchterei stammenden Jagdhundes besteht doch nicht in der Veräußerung). Wohl aber kann sich das Rad zufolge § 92 II als verbrauchbare Sache darstellen, solange es (auch ein gebrauchtes Exemplar) sich behufs Verkaufes (nicht als Uebungsmaschine) in der Fahrradhandlung befindet, auch wenn es der Händler nur von der Fabrik in Kommission genommen hat. — Von einem Warenlager wird dagegen nicht die Rede sein können, wenn ein Cigarrenhändler oder Schlossermeister in der Kleinstadt bisweilen Räder behufs Weiterveräußerung „auf Lager" hat. Quaestio facti wird vorliegen, wenn ein Nähmaschinen- oder Eisenhändler einen schwunghaften Handel mit Rädern treibt.

[5]) Vgl. Cosack S. 133.

[6]) Vgl. Riedel S. 270.

[7]) Vgl. Mot. III S. 34 und mit ihnen auch Ostermeyer S. 24.

Digitized by Google

Die scharfe Unterscheidung zwischen vertretbaren und verbrauchbaren Sachen ist erst ziemlich jungen Datums; das Preußische Landrecht konfundiert beide noch, indem es bei der Identifizierung gewisser Verwahrungsgeschäfte mit dem Darlehensvertrage nicht, wie der schon erwähnte § 607 BGB. von vertretbaren, sondern (I, 14 § 83 ff.) von verbrauchbaren Sachen spricht und entgegen seiner eigenen Definition in I, 2 § 120 hier als Beispiele Geld und geldgleiche Papiere nennt.[1])

Daß das BGB. die verbrauchbaren Sachen besonders hervorhebt, hat seinen Grund namentlich darin, daß bei gewissen Rechtsverhältnissen, die ein Recht zur Benutzung während längerer Zeit und eine spätere Herausgabepflicht begründen, diese Pflicht sich bezüglich der verbrauchbaren Sachen in eine einfache Pflicht zum Wertersatze verwandelt (mindert). So beim Nießbrauche an Sachen (§ 1067) und Rechten (§ 1068 II), an einem ganzen Vermögen (§ 1086 Satz 2) und an einer Erbschaft (§ 1089) (vgl. auch § 1087 II a. E., § 1084), ferner bei dem gesetzlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechte, das der Ehemann am Vermögen der Ehefrau (§ 1377 III)[2]) und der Vater (bezw. die Mutter) an dem Vermögen des Kindes (§ 1653[3]) bezw. § 1686) hat. Vgl. auch § 2325 II Satz 1.[4])

§ 39. Die Bestandteile.

Die §§ 93—96 handeln von den Bestandteilen einer Sache, und zwar §§ 93 und 94 im besonderen von den „wesentlichen", §§ 94 ff. von den Bestandteilen der Immobilien. Wesentliche Bestandteile sind nach § 93 solche Sachteile, welche von einander, d. h. vom Ganzen, nicht getrennt werden können, ohne daß sie alle oder doch ein Teil zerstört oder doch in ihrem Wesen ver-

[1]) Vgl. ferner ALR. I, 21 § 173 (Nießbrauch an „verbrauchbaren" Sachen).

[2]) Vgl. dazu auch § 1376 Nr. 1 (Verfügungsrecht des Ehemannes ohne Zustimmung der Frau) und § 1391 II sowie § 1540, § 1411 II.

[3]) Vgl. dazu § 1659 II.

[4]) Eine Ungenauigkeit bei Haidlen S. 93 oben ist es, daß für den in den Mot. III S. 34 erwähnten § 546 der I. Lesung ohne weitere Bemerkung der von verbrauchbaren Sachen nicht redende § 593 substituiert wird.

Digitized by Google

ändert werden.[1]) Sachteile, bei denen hingegen eine solche Trennung salva rerum substantia möglich ist, sind, wenn sie überhaupt zu den wahren Bestandteilen gehören, nicht wesentliche, sondern nur unwesentliche. Der Unterschied, welchen wir uns alsbald an Beispielen klarer machen wollen, ist für das Recht von großer Erheblichkeit wegen der Folgen, welche sich an ihn knüpfen. Die eine, sehr wichtige Folge gibt schon § 93 an, daß nämlich die wesentlichen Bestandteile nicht den Gegenstand eines besonderen Rechtes[2]) bilden können, vielmehr lediglich das Schicksal des Ganzen teilen[3]) (bis etwa die Verbindung aufgelöst wird).[4])

Wesentliche Bestandteile, also solche, welche durch Trennung von einander der Zerstörung oder doch der Wesensveränderung anheimfallen (§ 93) und ihren bestimmungsmäßigen Zweck verlieren, sind z. B.[5]) die Ziegelsteine und Balken des Hauses, das Wagenrad, die Schrankthür, der Mühlenflügel, die Ölfarbe auf der bemalten Leinwand, die Fassung und die Gläser des Kneifers, der Einbanddeckel des Buches, der Edelstein im Ringe, die Rose am Strauche, der einzelne Band des Konversationslexikons, der Registerband zu einem größeren Werke.

Ein vortreffliches Beispiel für diese Frage bildet das Fahrrad, das überhaupt für die Sachbegriffe des BGB. als Musterbeispiel hervorragend geeignet ist,[6]) nicht allein, weil es vor den

---

[1]) Darüber, ob eine Aenderung des Sachganzen, das aus den Bestandteilen zusammengesetzt ist (z. B. des aus Rahmen, Kurbeln, Lenkstange u. s. w. zusammengesetzten Fahrrades) erheblich ist, vgl. Hellmann S. 37/38, Riedel S. 273.

[2]) d. h. eines besonderen dinglichen Rechtes; vgl. unten S. 189.

[3]) Ueber den Vorbehalt des EBGB. Art. 182 (131) zu Gunsten des „Stockwerkseigentums" des code civil a. 664, des badischen, bayerischen und württembergischen Rechts und zu BGB. § 1014 vgl. z. B. auch Endemann S. 234 Anm. 7, Cosack S. 125 sub 4b, Heilfron S. 263.

[4]) Vgl. Heilfron S. 261.

[5]) Vgl. zu diesen und den folgenden Beispielen insbes. auch Riedel S. 273, Cosack S. 123, Endemann S. 235 f. Anm. 12.

[6]) Ueber das Fahrrad als „verbrauchbare" Sache vgl. bereits oben S. 184 Anm. 4. Aber auch „vertretbare Sache" (vgl. oben S. 181 f.) kann ein Fahrrad sein, wenn man (vgl. Heilfron S. 306) einfach ein „Adler-Fahrrad Nr. 44" oder ein „Cleveland-Rad Modell 1898" bestellt und nicht etwa ein bestimmtes Rad, etwa das gebrauchte, welches der Händler anpries,

Digitized by Google

traditionellen Schulbeispielen des Ringes, Bildes, Schiffes u. s. w. den Vorzug hat, modern zu sein, sondern noch mehr wegen seines komplizierten Mechanismus und der vielen zum Hauptkörper gehörigen Nebenstücke.[1]) Wesentliche Bestandteile des Fahrrades sind zunächst die sämtlichen Maschinenteile, welche zur Fortbewegung und überhaupt zur Benutzung des Rades unentbehrlich sind, also der sog. „Rahmen", die „Speichen", „Pedale", „Sattel", „Lenkstange", „Gummireifen", „Kette" u. s. w. — Entbehrlich und daher nicht wesentliche Bestandteile sind z. B. die aufgeschnallte „Rahmentasche" (für Wäschestücke u. s. w.), der „Gepäckhalter" (für den Rock) und die „Hundepeitsche", obgleich die individuellen und subjektiven Bedürfnisse eines Geschäftsreisenden, welcher mehrere Tage lang unterwegs ist, vielleicht die Mitführung derartiger Gegenstände empfehlen. — Dagegen ist der Inhalt der „Satteltasche" (Luftpumpe, Schraubenschlüssel, Ölkanne, Reparaturwerkzeug u. dergl.) zum Gebrauche des Rades unentbehrlich, wenigstens in den Normalfällen, von denen man doch ausgehen muß: nämlich für Fahrten ins Freie oder für längere Fahrten in den Straßen der Großstadt, bei denen man leicht gezwungen ist, den Gummischlauch aufzupumpen, eine Schraube festzuziehen u. dergl.[2])

---

oder das neue, welches man in seiner Uebungsbahn ausprobierte.

[1]) Besondere Fragen und andere Resultate können bei gebrauchten Rädern und namentlich bei Rennmaschinen eintreten, bei letzteren, weil sie z. B. keine Glocke und Bremse zu haben pflegen.

[2]) Daß diese Notwendigkeit bei ganz kurzen Fahrten oder in der Bahn selten eintritt und alsdann fremde Hilfe und fremdes Material bequem zu erreichen ist, bleibt für den Begriff ebenso gleichgültig, wie der Umstand, daß man schlimmstenfalls mit einem einzigen Pedal und ein Kunstfahrer sogar nur auf einem Reifen fahren kann. Es dürfte also die Satteltasche nebst Inhalt zu den „wesentlichen Bestandteilen" gehören, obwohl der strikte Wortlaut des — nicht gerade zu den glücklichsten und klarsten Schöpfungen des Gesetzgebers gehörigen (vgl. auch Eck S. 26 Anm. 2, Endemann S. 232 Anm. 1) — § 93 auf den ersten Blick nicht ganz genau zupaßt. — Die „Bremse" wird zwar bei „Rennmaschinen" nicht als wesentlicher Bestandteil zu gelten haben, wohl aber bei sog. „Halbrennern" und sog. „Tourenmaschinen", bei denen nicht nur die Sicherheit des Publikums, sondern auch die eigene Sicherheit selbst des geübteren Radfahrers die mechanische Möglichkeit plötzlicher Hemmung erfordert. Aehnlich steht es mit der „Glocke"; und selbst die „Laterne" läßt sich für Länder von der geogra-

Digitized by Google

Nicht zu den wesentlichsten (sondern blos zu den unwesentlichen) Bestandteilen gehören dagegen die bei vielen Fabrikaten gar nicht vorgesehenen „Schutzbleche" (die nur den Radfahrer persönlich vor den Spritzflecken des Straßenschmutzes schützen sollen) und die „Fußrasten" (auf welche man bei Fahrten bergab die Füße legen kann), sowie die „Zehenfänger" der Rennmaschinen.

Nicht dürfen mit den, sei es wesentlichen, sei es unwesentlichen Bestandteilen verwechselt werden die in §§ 97 f. erörterten Zubehörstücke der Hauptsache, und vor allem auch nicht die Substanzteile,[1]) von denen das BGB., in unseren Paragraphen wenigstens,[2]) schweigt, die aber das ALR. I, 2 § 4 dahin definiert: „Alle Teile und Eigenschaften einer Sache, ohne welche dieselbe nicht das sein kann, was sie vorstellen soll oder wozu sie bestimmt ist, gehören zur Substanz."

Zwar fallen manche der vorher erwähnten Beispiele unter beide Kategorien, da die meisten wesentlichen Bestandteile zugleich Substanzteile sind (so das Wagenrad und die einzelnen Teile des Zweirades).[3]) Lediglich mit organischen Substanzteilen des Ganzen haben wir es dagegen[4]) zu thun „bei der Wolle des Schafes, dem Geweih des Hirsches, den Früchten auf dem Halm,[5]) dem Obste an dem Baum, den Jungen im Leibe des Tieres", sowie „bei

---

phischen Breitenlage Deutschlands ebenso als „wesentlicher Bestandteil" des Rades betrachten, wie (vgl. aber auch § 94 I und II) der Blitzableiter als wesentlicher Bestandteil einer Pulverfabrik. — Daß sich das Erfordernis, Bremse, Glocke und Laterne am Rade zu haben, zugleich in rein formaler Weise aus den Polizeiverordnungen zu ergeben pflegt, ist freilich ebensowenig ein Grund, um die Qualität als wesentliche Bestandteile herbeizuführen, wie bei dem „Nummerschilde" des Straßenrades; denn selbst wenn es nach der Polizeiverordnung gänzlich verboten ist, ohne ein solches Schild zu fahren, so kann man darum nicht sagen, daß durch das Fehlen des Schildes das Rad „in seinem Wesen verändert wird".

[1]) Beides konfundiert irrig Heilfron S. 254. Richtig Riedel S. 271.

[2]) Ueber die „Bodenbestandteile" s. unten S. 189 Anm. 1.

[3]) Nicht dagegen Laterne und Glocke; vgl. S. 187/188 Anm. 2.

[4]) Riedel S. 271.

[5]) Sie sind aber zufolge § 94 I Satz 2 doch wesentliche Bestandteile. Ihre Pfändung ist trotz § 93 möglich zufolge CPO. §§ 714, 725 (EBGB. Art. 32), nicht dagegen ihr Verkauf vor der Trennung.

Digitized by Google

allen Substanzteilen des Grundes und Bodens, wie Sand, Lehm, Torf", Thon, Mergel, Kies und Steinen.[1])

Wenn das BGB. § 93 den wesentlichen Bestandteilen die Möglichkeit abspricht, Gegenstand besonderer Rechte zu sein, so versteht es — nach der übereinstimmenden Ansicht der bisherigen Litteratur[2]) — unter diesen besonderen Rechten[3]) nur die dinglichen (wie Eigentum, Hypothek, Mobiliarpfand, Grundgerechtigkeit), nicht die obligatorischen (wie Miete eines einzelnen Stockwerks oder eines einzelnen Zimmers im Hause, Kauf der Balkenteile oder Ofenkacheln für den Fall des Abbruchs, Kauf der Früchte auf dem Halm für die Zeit nach der Trennung).

Eine bloße Konsequenz des in § 93 aufgestellten Rechtsgrundsatzes, daß wesentliche Bestandteile das Schicksal der ganzen Sache teilen, sind die in §§ 946 f. gegebenen Normen, daß das Sondereigentum an solchen Mobilien erlischt, welche mit anderen Mobilien (z. B. fremde Ersatzstücke mit dem eigenen Fahrrade) oder mit Immobilien als wesentliche Bestandteile verbunden werden; sie gehen alsdann in das Alleineigentum des Eigentümers der unbeweglichen Sache über (§ 946) bezw. werden Miteigentum der bisherigen Sondereigentümer der beiden derartig verbundenen Mobilien (§ 947),[4]) und nach § 951 I[5]) ist der bisherige Alleineigentümer der zum wesentlichen Bestandteil einer andern Sache degradierten Einzelsache nicht zu dem Anspruche auf Trennung, sondern nur zu dem Anspruche auf Gelderſatz berechtigt. — Andererseits darf der zur Herausgabe einer Sache an den Eigentümer ver-

[1]) Sie sind aber „Bodenbestandteile" (unten S. 207) und werden daher vom Gesetz (§§ 1037 II, 1038 II, 2123 II) ebenso behandelt wie die „Erzeugnisse" des Grundstückes, die nach § 94 I Satz 1 „wesentliche Bestandteile" bilden.

[2]) Vgl. Endemann S. 233, Planck S. 130 oben.

[3]) Darnach entsteht kein gültiges Pfandrecht, wenn man die Glocke oder Laterne des Fahrrades (oben S. 187 Anm. 2) dem ländlichen Krugwirte wegen der Zeche verpfändet. Wohl aber kann man sie gesondert verkaufen.

[4]) Ausnahmen (jus tollendi) in §§ 500 Satz 2, 547 II Satz 2, 1049 II, 1216 Satz 2, 2125 II. Vgl. Riedel S. 276 zweite Anmerkung und Planck S. 129 Anm. 1.

[5]) Vgl. dazu weiter § 258.

Digitized by Google

pflichtete Besitzer im allgemeinen (Ausnahmen § 997 II) das jus tollendi ausüben (§ 951 II Satz 1).

§ 94 dehnt den in § 93 definierten Begriff der wesentlichen Bestandteile aus praktischen Gründen und in durchaus praktischer Weise bei Immobilien auf einige Gegenstände aus, die nicht ohne weiteres unter § 93 fallen würden: so ist kraft positiver Rechtsvorschrift nicht blos das massive Wohnhaus, sondern auch der Stall oder das Gartenhaus, der Zaun, die Laternen- und Fahnenstange[1]) Bestandteil, und zwar wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, sofern diese Baulichkeiten oder Gegenstände nur mit dem Grund und Boden fest verbunden sind;[2]) das Gleiche gilt nach § 94 II von eingelassenen Kesseln bei einem Fabrikgebäude,[3]) von den eingemauerten Badewannen bei einer Badeanstalt, vom Blitzableiter bei einer Pulverfabrik. Unter die Vorschrift des § 94 II fallen aber beispielsweise auch Mörtel und Bausteine, Fenster und Thüren, ferner in der Regel (vgl. unten S. 192, 195) auch die Öfen, sowie die eingefügten Gasrohre, die elektrische Zimmerleitung, der Gasmesser, das zum Abflußkanal führende Anschlußrohr, selbst wenn diese Gegenstände oder das Gebäude unter der Trennung nicht leiden würden (beispielsweise, weil die projektierte Gasbeleuchtung der Stadt oder das gesamte Kanalisationssystem inzwischen aufgegeben worden sind). Was nicht dem Gebäude „eingefügt" ist, gehört auch nicht zu den wesentlichen Bestandteilen, so also nicht der Thürschlüssel[4]) oder ein nur lose aufgestellter Ofen oder eine nur lose hingestellte Badewanne.

Daß nach § 94 I Satz 2 der Samen und die Pflanzen sofort mit dem Aussäen und mit dem Einpflanzen wesentliche Bestand-

---

[1]) Zu diesen und den folgenden Beispielen Riedel S. 280, Planck S. 131 Anm. 4.

[2]) Nicht wesentliche Bestandteile sind daher (Planck S. 131 Anm. 4, Fischer-Henle S. 39 Anm. 2) Bohnenstangen.

[3]) Zum gleichen Resultate führt ALR. I, 9 § 334 bezüglich der auf eigenem Grund und Boden ohne Vorwissen des Eigentümers erbauten fremden Materialien (doch Entschädigungspflicht nach § 335 ibid.), wogegen I, 9 § 98 die Möglichkeit getrennten Eigentums am Grund und Boden einerseits und an der Oberfläche oder dem auf ihr errichteten Gebäude andererseits ins Auge faßt.

[4]) Vgl. Planck S. 131/132 (Anm. 6).

Digitized by Google

teile werden, also das Schicksal des Grundstücks teilen, ist insbesondere darum hervorzuheben, weil nach römischem und preußischem Recht (ALR. I, 9 § 275) die Pflanzen erst dann Bestandteile des Grundstücks werden, wenn sie Wurzeln geschlagen haben: ein Zeitpunkt, der sich aber ohne ein für die Pflanze lebensgefährliches Herausheben derselben schwer feststellen ließ.

Wie § 94 enthält auch § 96 eine positiv-gesetzliche Erweiterung des Begriffes der (unwesentlichen) Bestandteile von Immobilien, nämlich auf die mit dem Eigentume an einem Grundstücke verbundenen Rechte, z. B. das Patronatsrecht des Ritterguts A gegenüber der Kirche B, die Apothekereigerechtigkeit oder die Kruggerechtigkeit des Grundstücks C, das dingliche Vorkaufsrecht[1]) des Gutes D gegenüber seinem früheren Vorwerk E, das Recht des Notweges vom Grundstück F über das Grundstück G oder das Recht des Grundstücks H, das Regenwasser auf das Nachbargrundstück J ablaufen zu lassen.[2])

Während also § 94 und § 96 positive Erweiterungen des Begriffes „wesentliche Bestandteile" bezw. „Bestandteile" bieten, enthält umgekehrt § 95 Einschränkungen dieses Begriffes, und zwar des Begriffs der Bestandteile überhaupt: aber auch hier wie in § 94 und § 96 nur betreffs unbeweglicher Sachen.

Nicht einmal zu den unwesentlichen Bestandteilen und unter die später zu erörternden Sondervorschriften über diese gehören nach § 95 I Satz 1 und II Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden oder einem Gebäude eingefügt sind. Demnach gelten nicht als Bestandteile:[3]) die Baulichkeiten für die Zwecke einer Ausstellung[4]) oder für einen umherziehenden Zirkus; ferner die Baugerüste, wenn sie auch noch so fest im Boden verankert sind; oder die Bäume in einer Baumschule, die Pflanzen in einer Handelsgärtnerei, das transportable

[1]) Auch bei Hellmann S. 40 muß es natürlich Vorkaufs-, nicht Verkaufsrecht heißen.

[2]) Zu diesen Beispielen vgl. Mot. III S. 60 sowie Hellmann a. a. O., Planck S. 133 Anm. 4.

[3]) Zu diesen Beispielen vgl. Riedel S. 286, Endemann S. 235 Anm. 10, Planck S. 132 Anm. 2.

[4]) Bei einem ständigen Ausstellungspark wie in Berlin kommt natürlich § 93 zur Anwendung.

Digitized by Google

Gartenzelt; die bis zum Bau der massiven Kaserne aufgeschlagene Baracke. — Bestandteile sind nach § 95 II nicht einmal der feste Ofen oder die Rolljalousien, der Briefkasten, das Firmenschild, die Gaskrone, wenn sie der Hauswirt lediglich zu Gunsten eines einzelnen Mieters und lediglich für die Dauer seines Wohnrechts in bezw. an dem Hause anbringen ließ. Umgekehrt sind also[1]) neue Tapeten, die Ölfarbe des neuen Fußbodenanstrichs und neue Dielen Bestandteile (und zwar nach § 93 wesentliche), weil ihr Zweck ein dauernder ist.

Ebenso sind positiv ausgenommen (§ 95 I Satz 2) Gebäude oder andere Werke (wie Wasserleitungen, Gasleitungen, Kanäle, Schleusen, Mauern und Zäune), welche nicht der Grundstückseigentümer, sondern ein (persönlich oder dinglich)[2]) Berechtigter, sei es auch für einen dauernden Zweck,[3]) mit dem Grundstücke verbunden hat. Wenn daher in den vorher erwähnten Fällen der Mieter selbst oder der Pächter oder der Nießbraucher den Ofen, die Läden, den Briefkasten, das Firmenschild und die Gaskrone anbringen ließ, so werden diese doch nicht Bestandteile, selbst wenn das Gebrauchs- und Nutzungsrecht auf Lebenszeit des Berechtigten gehen soll. Und noch weniger sind Bestandteile solche Sachen, welche sowohl von einem solchen Berechtigten wie zu einem (seinem) blos vorübergehenden Zwecke angebracht sind, z. B.[4]) also die Sicherheitskette und das Fensterthermometer an der städtischen Mietswohnung.[5])

Alles, was nicht unter die wesentlichen Bestandteile der §§ 93 und 94 fällt, und was ferner nicht durch § 95 positiv aus dem Kreise der Bestandteile zu streichen ist, gilt nun, ebenso wie die in § 96 genannten Rechte, als unwesentlicher Bestandteil. Beispiele sind (vgl. oben S. 186, 188) Bilderrahmen, die Rose

---

[1]) Vgl. Riedel S. 286.

[2]) Nur dingliche Rechte meint Riedel S. 286 a. E. sowie Planck S. 133 Anm. 4. Anders Fischer-Henle S. 40 Anm. 5, Eck a. a. O. S. 27.

[3]) Anderer Ansicht Riedel S. 287.

[4]) Vgl. Riedel S. 286.

[5]) Da §§ 94—96 positive Ausnahmen von dem Grundprinzipe des § 93 bieten, so trifft die Beweislast denjenigen, welcher sich auf Vorhandensein dieser Voraussetzungen beruft. Planck S. 133 Anm. 6.

Digitized by Google

im Blumenstrauß, die Schutzbleche des Zweirades. — Derartigen Sachen ist nun, da auf sie die Vorschrift des § 93 nicht zutrifft, die Möglichkeit eingeräumt, den Gegenstand besonderer Rechte zu bilden. Trotz Verkaufes oder Verpfändung der Hauptsache können sie also vom Kaufgeschäfte oder Pfandvertrage ausgenommen werden, und umgekehrt können sie allein verkauft oder verpfändet werden.

Über Bestandteile ohne nähere Bezeichnung ihres Charakters, also über die eben erwähnten unwesentlichen unter Ausschluß der wesentlichen, enthält nun das BGB. noch einige besondere Vorschriften. So betreffs des Eigentumserwerbes (im Gegensatz zu den bereits besprochenen, nur von wesentlichen Bestandteilen handelnden §§ 946 und 947 I) in §§ 953 ff. — Auch nach der Trennung gehören sie dem Eigentümer der Sache, und nur in den Ausnahmefällen der §§ 954 bis 957 erwirbt sie ein anderer mit dem Augenblicke der Trennung (bezw., § 956 I Satz 1, Besitzergreifung). Zugleich mit dem Grundstücke haften auch dessen Bestandteile zufolge § 1120 für die auf dem Grundstücke lastende Hypothek; erst durch etwaige Veräußerung und Entfernung oder durch eine innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung erfolgende Abtrennung werden sie haftungsfrei, vorausgesetzt, daß diese Handlungen vor der Beschlagnahme durch einen Gläubiger erfolgen (§§ 1121 I, 1122 I). Und innerhalb derselben Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung darf der Nießbraucher (bezw. mit seiner Genehmigung der Grundstückseigentümer) auch solche Bestandteile zu außergewöhnlichen Ausbesserungen oder Erneuerungen verwenden, welche ihm nicht in ihrer Eigenschaft als Früchte ohnedies gehören (§§ 1043 f.).

Von Bestandteilen eines Grundstücks[1]) spricht endlich § 890 II, welcher der Zuschreibung eines Grundstücks im Grundbuche eines andern Grundstücks die Wirkung gibt, daß das (z. B. als „Vorwerk") zugeschriebene Grundstück Bestandteil des andern wird.

[1]) Von Bestandteilen einer „Bahneinheit" spricht EBGB. Art. 112. Wegen der „Bodenbestandteile", welche richtiger als Substanzteile zu betrachten sind, vgl. oben S. 189 Anm. 1 und zu § 99 II unten S. 200.

Digitized by Google

§ 40. Das Zubehör.

§§ 97 und 98 erörtern den Begriff „Zubehör" und § 97 I Satz 1 definiert ihn genau so, wie die bisherige Doktrin diesen Begriff der Pertinenz oder des Zubehörs definiert hat. Die Beispiele für Zubehörstücke decken sich nicht mit denen der Bestandteile; denn Bestandteile sind eben Teile einer Sache, Pertinenzen dagegen sind an sich selbständige Sachen, die nur einer andern dienen. So wird man die Laterne oder Glocke des Zweirades zwar[1]) als Bestandteil, nicht jedoch als Pertinenzstück betrachten dürfen, da sie wegen ihrer eigenartigen Konstruktion nur bei einem Rade und nicht oder doch nicht bestimmungsgemäß zum gewöhnlichen Gebrauche dienstbar sein können. — Auch die Rahmentasche, der Gepäckhalter und die Peitsche werden wohl nicht Pertinenzen des Rades sein, da sie nicht dessem Zwecke (der schnellen Fortbewegung), sondern dem individuellen, subjektiven[2]) Zwecke des Radfahrers (nämlich dem Zwecke der angenehmen und gesicherten Fortbewegung) dienen. Jedesfalls „dient" ein am Rad angebrachter Kilometerzähler den „wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache" ebensowenig wie die leichte Trikotkleidung des Radfahrers. — Dagegen ist[3]) Zubehör des Schiffes das Boot, Zubehör des Ringes das Futteral, Zubehör der Badeanstalt die nur zu ihrer Beleuchtung bestimmte elektrische Anlage, wogegen der Mast, der Edelstein, die Heizungsanlage und die Wannen „Bestandteile" des Schiffes, des Ringes, der Badeanstalt sind.

Von der Eigenschaft als Zubehörstücke sind nach § 97 ausgenommen, obwohl vielleicht die sonstigen Erfordernisse des § 97 I Satz 1 zutreffen:

1. Immobilien. Nach ALR. I, 2 § 44 können sie Pertinenzqualität besitzen, nach gemeinem Recht[4]) ist diese Frage kontrovers.

---

[1]) Vgl. oben S. 187 Anm. 2.

[2]) Darüber, daß der Pertinenzbegriff objektiv zu beurteilen ist, vgl. Kohler in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 26, Jena 1888, S. 7, 41. Noch weniger als beim „wirtschaftlichen Zwecke" wird sich beim „Wesen" der Hauptsache (§ 93, oben S. 185 ff.) die Beimischung subjektiver Momente berücksichtigen lassen.

[3]) Vgl. Heilfron S. 256.

[4]) Vgl. Windscheid § 143 S. 406, Kuhlenbeck S. 277.

Digitized by Google

2. Sachen, die im Verkehr nicht als Zubehör angesehen werden. Also hier ist, wie wir bereits in einer der Einleitungsstunden feststellen (oben S. 73) die Verkehrsanschauung entscheidend. Ein Beispiel dafür sind Öfen:[1]) diese gelten in Norddeutschland als zu einer Wohnung unbedingt erforderlich, in einigen Distrikten Süddeutschlands dagegen muß sie der Mieter selbst mitbringen. — Dabei ist sehr leicht ein Zwiespalt zwischen der juristisch-gesetzlichen Terminologie und der Verkehrsanschauung möglich. Alsdann muß sich zufolge § 97 I Satz 2 der Jurist dem Laien beugen, aber nur soweit dieser den Gegenstand aus dem Kreise der Pertinenzen ausstößt, nicht[2]) umgekehrt, indem er als Pertinenz behandelt, was nach den übrigen Vorschriften des § 97 I und II nicht als solche erscheinen kann.[3]) Da nun insbesondere nach § 97 I Satz 1 solche Sachen nicht Zubehör sind, welche „Bestandteile" der Hauptsache bilden, so rangieren z. B. beim Zweirade aus dem streng-juristischen Pertinenzbegriffe nicht allein die Maschinenteile, sondern nach unserer Auffassung (oben S. 187/188) auch die Glocke und Laterne des Tourenrades, ferner Schutzbleche und Fußrasten, vor allem aber auch die Satteltasche nebst Inhalt[4]) aus.

3. Sachen, die nicht den wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache, sondern blos den individuellen Zwecken des augenblicklichen

[1]) Vgl. Mot. III S. 63.

[2]) Vgl. oben S. 73 Anm. 1.

[3]) Jedoch wird sich diese Disharmonie in praktischen Fällen zumeist (und zwar zu Gunsten der Verkehrsanschauung) auflösen, weil die auf ihr aufgebaute Anschauung der Beteiligten gemäß BGB. §§ 133 und 157 in erster Linie Berücksichtigung erheischt.

[4]) Darum kann ich Endemann S. 238 Anm. 7 nicht beistimmen, der sie als Beispiele des beweglichen Zubehörs einer beweglichen Sache (des Rades) anführt. — Eine neue Gruppe von Rechtsfragen entsteht, wenn man das Verhältnis zwischen der Satteltasche und ihrem Inhalte prüft. Meines Erachtens ist nicht (wie Endemann meint) der Inhalt Zubehör der Tasche, sondern die Tasche Zubehör des Inhalts, zu welchem sie in demselben, die „Hauptsache" umschließenden räumlichen Verhältnisse steht, wie das Futteral zum Krimstecher, die Kapsel zum Diplom. Eine verhältnismäßig seltene Nuance ist es, daß die „Hauptsache" aus mehreren, mit einander nur durch den verwandten Zweck verbundenen Einzelstücken besteht und ihrerseits (wesentlicher) „Bestandteil" eines andern Gegenstandes (des Rades selber) ist, ebenso wie im Verhältnisse zum Ganzen (dem Rade) auch die Satteltasche.

Digitized by Google

Inhabers dienen (z. B. die vom Mieter im Vestibul angebrachten Läufer und Vasen).

4. Sachen, welche nur vorübergehend für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache benützt werden, also z. B. das Reisetäschchen oder das Ränzel oder ein militärisches Kartentäschchen, das ich für eine mehrtägige Tour an meinem Rade befestige. — Umgekehrt wird die Pertinenzqualität durch blos vorübergehende Trennung nicht alteriert: die für das Zweirad bestimmte Rahmentasche hört nicht auf, Zubehör zu sein, wenn ich sie einmal zu einer Bahnfahrt oder als Ränzel bei einer Fußtour verwende. Der Holzdeckel zum Leichenstein bleibt Pertinenz, obgleich er im Sommer abgenommen wird.

Wie § 94 den Begriff der „wesentlichen Bestandteile" von Immobilien positiv abgrenzt, so thut das Gleiche § 98 betreffs des Zubehörs der Immobilien. Dies ist aber auch die einzige Kasuistik, welche das BGB. nach dieser Richtung bietet, während bekanntlich das ALR. sich in Kasuistik nicht Genüge leisten kann und darüber mehr als 50 Paragraphen (I, 2 §§ 48—102) enthält. Zur Interpretation des § 98,[1]) welcher ergangen ist, um diesbezügliche Divergenzen der bisherigen Rechtssysteme zu beseitigen,[2]) ist etwa noch folgendes zu bemerken:

Der § 98 hat gegenüber § 97 nicht etwa selbständige Bedeutung, sondern ist ihm lediglich untergeordnet.[3]) Wenn also eines der Requisite des § 97 im konkreten Einzelfalle fehlt, bleibt § 98 unanwendbar. So, wenn die Dampfmaschinen in der Fabrik eingemauert, also nach § 94 wesentliche Bestandteile und nicht nur Pertinenzen sind, oder wenn sie nur vorübergehend dort stationiert werden. — Unter „Landgütern" (unten S. 206/207) sind neben herrschaftlichen Besitzungen auch Bauerngüter zu verstehen, die zu selbständigem Betriebe der Landwirtschaft eingerichtet sind.[4]) — Das zum Wirtschaftsbetriebe bestimmte Vieh[5]) umfaßt das Zug-

[1]) Viele Einzelfragen beantwortet Scherer S. 123 ff.
[2]) Vgl. Mot. III S. 66.
[3]) Ebenda S. 67.
[4]) Vgl. Planck S. 136 Anm. 3.
[5]) Vgl. Cosack S. 126 sub b.

Digitized by Google

und Arbeitsvieh (Pferde und Rinder) und die zur Gewinnung von Dünger erforderlichen Tiere, nicht dagegen die lediglich zum Verkaufe gehaltenen Mastochsen oder die Pferde des Privatgestüts oder die Schafe und Schweine sowie das Federvieh; diese Tiere können höchstens soweit in Betracht kommen, als sie zum Verbrauche für das Gutspersonal erforderlich sind und daher vielleicht indirekt als zum Wirtschaftsbetriebe bestimmt gelten werden.

Für den Begriff des Zubehörs ist es im Hinblick auf das geltende gemeine und preußische Recht noch wichtig, hervorzuheben, daß das BGB. Rechte zwar als Bestandteile von Grundstücken kennt (§ 96), aber nicht als Pertinenzen (wogegen ALR. I, 2 § 69 von einer Braugerechtigkeit als Pertinenz eines Hauses oder eines Landgutes spricht), und daß das BGB. ebensowenig bewegliche Pertinenzen zu Rechten kennt[1]) (wogegen ALR. I, 2 §§ 67, 68, 71 von den Pertinenzen einer Jagdgerechtigkeit, Braugerechtigkeit, Schankgerechtigkeit spricht). Auch sind „wechselseitige Zubehörstücke"[2]) nicht denkbar; Messer und Gabel, Schachbrett und Schachfiguren sind vielmehr Bestandteile eines übergeordneten Begriffs, nämlich des Bestecks und des Schachspiels.[3])

Identität des Eigentümers der Hauptsache und des Zubehörs, wie sie ALR. I, 2 §§ 60 und 108 erfordert, ist nach BGB. gleichgültig.[4]) Nur thatsächlich wird dies vom BGB. in einzelnen Fällen vorausgesetzt, um daran besondere Rechtsfolgen zu knüpfen.

Es ist dies — und damit kommen wir zu der allgemeineren Frage, warum der erörterte Pertinenzbegriff für das künftige Privatrecht überhaupt bedeutsam ist — nur in folgender Richtung der Fall: Die Hypothek, welche, wie wir (oben S. 193) sahen, sich nach § 1120 auch auf die Bestandteile eines Grundstücks erstreckt, umfaßt

---

[1]) Vgl. jedoch zu BGB. § 1017 I (Erbbaurecht) Mot. III S. 65 sub 7.

[2]) Vgl. Endemann S. 238 Anm. 6, dessen Konstruktion obiger Beispiele allerdings nur negativ in der Leugnung der Pertinenzqualität erschöpfend ist.

[3]) Auch „gewillkürte Pertinenzen" sind nicht denkbar.

[4]) Ebenso Heilfron S. 259, Eck S. 31, Riedel S. 294/95 und dritte Anmerkung, Planck S. 135 sub a a. E.

Digitized by Google

das Zubehör nur, wenn dies dem Grundstückseigentümer gehört und nicht etwa dem Pächter, Mieter oder Nießbraucher, und das Analoge gilt nach § 1265 I[1]) bei Verpfändung eines Schiffes. Für das Erlöschen der hypothekarischen Haftung des Grundstücks- oder Schiffszubehörs greifen im übrigen die gleichen Vorschriften Platz, wie betreffs der Bestandteile und Erzeugnisse (§§ 1121 f., § 1265 II).

Die Unerheblichkeit der Identität von Eigentümer der Hauptsache und Eigentümer des Zubehörs geht sogar soweit, daß nach § 926 II der Erwerber eines Grundstücks das Zubehör im allgemeinen auch dann erwirbt, wenn es in Wirklichkeit einem Dritten, z. B. dem Pächter, gehört, selbstverständlich bona fides des Erwerbers vorausgesetzt (§§ 932 ff.).

Im übrigen ist der leitende Grundsatz, welchen wir (oben S. 189) für die wesentlichen Bestandteile dahin festgestellt hatten, daß sie keine von der ganzen Sache gesonderte Schicksale durchmachen können, bezüglich des Zubehörs nicht ausgesprochen worden. Pertinenzen dürfen also getrennt von der Hauptsache veräußert und verpfändet werden. Nur im Zweifelsfalle soll auch für sie das Schicksal der Hauptsache entscheidend sein: bei Verträgen über Veräußerung oder Belastung einer Sache (§ 314) und insbesondere bei Veräußerung von Immobilien (§ 926 I), ferner beim Vorkaufsrecht (§ 1096), beim Nießbrauch an einem Grundstücke (§ 1031) sowie bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 I Satz 2) und bei rechtsgeschäftlicher Aufhebung beider Arten der Dienstbarkeit (§ 1062, § 1093 I Satz 2); endlich beim Vermächtnisse einer Sache (und zwar auch einer beweglichen Sache) (§ 2164 I).

Die Fälle, in denen das Zubehör ebenso wie die wesentlichen Bestandteile die Geschicke der Hauptsache nicht nur vermutungsweise, sondern unbedingt teilt, bilden die Ausnahme. Hierher gehört die uns schon bekannte Ausdehnung der Hypothek und des Schiffspfandes auf das dem Eigentümer gehörige Zubehör (§§ 1120 ff., 1265, oben S. 197/198) und ferner die Vorschrift, daß bei Wieder-

[1]) Vgl. dazu auch BGB. §§ 1268, 1272.

Digitized by Google

verkauf auch das Zubehör herauszugeben sei (§ 498 I), sowie die Vorschrift, daß für das System der Fahrnisgemeinschaft im ehelichen Güterrecht als eingebrachtes Gut eines Ehegatten (im Gegensatze zum Gesamtgute beider Eheleute) auch Grundstücke nebst Zubehör gelten (§ 1551 II).[1])

§ 41. Früchte und Nutzungen.

Die §§ 99—102 handeln von den Früchten; hier bieten §§ 99 und 100 Definitionen und Abgrenzungen, die dann in §§ 101 und 102 positive Anwendung auf bestimmte Rechtssätze finden.

Von den beiden Definitionen der §§ 99 und 100 ist die des § 100 die umfassendere. Sie begreift unter „Nutzungen" einer Sache oder eines Rechts nicht allein die in § 99 definierten Früchte,[2]) sondern auch die sonstigen „Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt", also z. B. den Vorteil des Hauseigentümers, in seinem Hause wohnen zu können;[3]) den Vorteil des Hypotheken- und Pfandbriefgläubigers, das Dokument zu Kautionsbestellung benutzen zu können; den Vorteil des Radfahrers (insbesondere des Geschäftsmannes), Droschken- und Eisenbahngelder zu ersparen.

Die Einteilung der Früchte im besondern entspricht der bekannten gemeinrechtlichen Unterscheidung zwischen natürlichen Früchten (fructus naturales) und juristischen Früchten (fructus civiles): erstere sind in § 99 I und II gemeint, letztere in § 99 III.

Natürliche Früchte sind nämlich diejenigen Erträge der Sachen oder der Rechte, welche diese ihrer Bestimmung nach gewähren, juristische Früchte dagegen diejenigen, welche sie nur kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses (durch seine „Vermittelung")[4]) abwerfen,

---

[1]) Gleichmäßige Behandlung der Grundstücke und ihres Zubehörs schimmert auch aus den Vorschriften der §§ 1135 und 1932 hindurch; von Zubehör eines Grundstückes ist namentlich in EBGB. Art. 53 II Satz 2 die Rede. Ueber Zubehör von „Gegenständen" überhaupt vgl. § 498 I, über Zubehör von Schiffen § 1265.

[2]) „Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören", erwähnt BGB. § 2184 Satz 2.

[3]) Vgl. Hellmann S. 46.

[4]) Vgl. Mot. III S. 70.

Digitized by Google

mag dies nun ein Rechtsgeschäft sein (wie[1]) die Miete oder Pacht, welche dem Vermieter oder Verpächter den Miets- oder Pachtzins als juristische Frucht einbringt) oder irgend ein sonstiges Rechtsverhältnis (wie die Enteignung, welche die Entschädigungssumme einbringt, oder etwa[2]) der Wechsel in der Person des Erbpächters oder Lehnsmannes, der die Zahlung eines laudemium zur Folge hat). Unter diese Civilfrüchte gehören darum auch die Versicherungsgelder, welche die Feuerversicherungsgesellschaft oder die Hagelversicherungsgesellschaft auszahlen muß.[3])

Bestimmungsgemäß entstehende Früchte („Erzeugnisse" einer Sache im Sinne des § 99 I und II) sind insbesondere die Feld- und Baumfrüchte, das Tierjunge, die Hühnereier, die Milch und der Dünger des Tieres, sowie seine Wolle; nicht aber[4]) sein Fell oder sein Fleisch, denn dies sind Substanzteile, die sich nicht wieder erneuern.[5]) Auch die alluvio oder ein im Felde gefundener Schatz[6]) und anorganische Erzeugnisse, wie Steine und Erze, Salze und Kohlen, gehören nicht unter § 99 I[7]) oder doch höchstens unter die dort erwähnte „Ausbeute"; doch können und werden die Bodenbestandteile jedesfalls zumeist unter § 99 II fallen, der sie als besonderes Beispiel der Früchte eines Rechtes hervorhebt, wenn das Recht bestimmungsgemäß auf ihre Gewinnung gerichtet ist (wie die Pacht eines Steinbruchs und Torfstichs, einer Lehm- und Kiesgrube).[8])

Bestimmungsgemäße Erträge eines Rechts, also Früchte dieses Rechts, sind aber auch die Zinsen eines Sparkassenguthabens oder einer Hypothek sowie die Leibrentenzinsen.

---

[1]) Vgl. Mot. a. a. O. und ferner z. B. Endemann S. 240/241, Riedel S. 305.

[2]) Hellmann S. 47 (und dazu EVGB. Art. 57), der aber S. 46 auch schon im BGB. § 99 II Civilfrüchte erwähnt zu finden scheint, ebenso wie Endemann S. 242.

[3]) Vgl. Cosack S. 131 sub 5 b.

[4]) Heilfron S. 269. Anderer Ansicht Riedel S. 303, Fischer-Henle S. 24 Anm. 2.

[5]) Gehört die für ein Reitpferd erzielte Miete oder das Entree für Besichtigung eines dressierten Tieres zu den Früchten bezw. der „sonstigen Ausbeute" (§ 99 I)?

[6]) Vgl. Riedel S. 305.

[7]) Daß das gemeine Recht und zum Teil auch schon das preußische sie bereits unter die Früchte rechnete, hebt sehr deutlich Riedel S. 302 hervor.

[8]) Vgl. wegen der „Bodenbestandteile" oben S. 189 Anm. 1.

Digitized by Google

§ 101 gibt eine Anweisung über die Verteilung der Früchte in den sehr zahlreichen Fällen, wenn jemand nur bis zu einer bestimmten Zeit oder erst von einer bestimmten Zeit ab zum Fruchtgenusse befugt ist, wie z. B. der Pächter, dessen Pacht mitten in einem Wirtschaftsjahr, mitten zwischen Aussaat und Ernte, abläuft oder beginnt. Ein anderes Beispiel würde der Tod des Vaters bilden, der die väterliche Gewalt und somit das väterliche Nutzungsrecht beendigt und an seine Stelle das der Mutter, bezw. des bevormundeten Kindes selber treten läßt. Ebenso die Volljährigkeit des Kindes oder die Verheiratung der Tochter (§§ 1626, 1661).

In derartigen Fällen soll nun mangels anderer gesetzlicher oder abredegemäßer Bestimmung ein Unterschied gemacht werden zwischen den natürlichen Früchten einerseits und den juristischen Früchten andererseits; denn § 101 Nr. 1 erwähnt zwar ausdrücklich nur den § 99 I, aber schließt auch die Fälle des § 99 II ein, indem er von den Früchten eines Rechtes spricht. Es stehen sich also beispielsweise (vgl. oben S. 200) gegenüber: auf der einen Seite die Milch der Kuh (mag sie als reine Sachfrucht nach § 99 I dem Eigentümer der Kuh gebühren oder als Rechtsfrucht nach § 99 II dem Pächter der Herde) und ebenso[1]) nach § 99 II der vom Pächter des Torfstichs oder des Bernsteinbergwerkes gewonnene Torf oder Bernstein; auf der anderen Seite die Mietzinsen, die Pachtzinsen, die Expropriationssumme, die Entschädigung für das verbrannte Haus oder für das verhagelte Getreide.

Innerhalb der juristischen Früchte (§ 101 Nr. 2) wird aber ferner ein Unterschied gemacht zwischen derartigen Früchten im allgemeinen und denjenigen Früchten im besonderen, welche in Vergütung für Überlassung des Gebrauchs oder Fruchtgenusses bestehen (wie die Miets- und Pachtsumme), oder die in Zinsen, Gewinnanteilen und anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen bestehen.

Die Dreiteilung ist für den Fruchtgenuß entscheidend; das Ergebnis ist: 1) fructus naturales erhält derjenige, in dessen Be-

[1]) Kommissionsprot. nach Haidlen S. 109.

Digitized by Google

zugszeit der Augenblick der Trennung (der Ernte) fällt (§ 101 Nr. 1); 2) fructus civiles erhält gleichfalls derjenige, in dessen Bezugszeit der Augenblick der Fälligkeit eintritt, mit Ausnahme der Zinsen, Gewinnanteile u. s. w. Denn diese werden ratione temporis geteilt (§ 101 Nr. 2). — Da nun die in Nr. 2 hinter dem Semikolon stehende Ausnahme in Wirklichkeit die Mehrzahl der Fälle umfaßt, wird man das Ergebnis des ganzen § 101 sich leichter dahin merken: für natürliche Früchte entscheidet der Augenblick der Trennung, Civilfrüchte werden im allgemeinen proratarisch geteilt.

Der altdeutsche Satz: „Wer säet, der mähet," der auch in ALR. I, 7 §§ 189 ff. für den vollständigen redlichen Besitzer zum Ausdrucke gelangte, ist also ins BGB. nicht aufgenommen worden.

§ 103 endlich ist ein Gegenstück zu § 101, sozusagen die Kehrseite der Medaille, indem er auch die Lasten nach Maßgabe der Zeit verteilt, für welche die Pflicht zur Lastentragung besteht. In dubio sind einmalige Lasten (wie außerordentliche Reparaturen, Anschluß an Kanalisation, Kosten für Trottoirlegung) von demjenigen allein zu tragen, in dessen Verpflichtungsperiode sie fallen; dagegen sind wiederkehrende Lasten (wie Grundsteuern, Wasserleitungszins, Hypothekenzinsen, Prämien an die Feuer- oder Hagelversicherungsgesellschaft, das Gehalt des Gutsinspektors)[1] zu verteilen.[2]

Wer Früchte genossen hat, die nicht ihm, sondern einem anderen gebühren, muß sie natürlich herausgeben bezw. den Wert ersetzen. Dabei kommt aber zufolge § 102 nur der Nettoertrag in Frage,[3] also der nach Abzug der ordnungsmäßig verwendeten Kosten verbleibende Wert.

Die eben erörterten Grundsätze des BGB. über die Früchte und Nutzungen sind deshalb von eminenter praktischer Wichtigkeit, weil das BGB. an unendlich vielen Stellen mit beiden Begriffen

---

[1]) Vgl. Cosack S. 130 sub 4 a. E.

[2]) Ueber die Lastenverteilung äußern sich z. B. noch BGB. §§ 582, 1045, 1047, 2379 f.

[3]) Vgl. auch Heilfron S. 273. Der „Reinertrag" findet sich z. B. in §§ 1389 II, 2038 II Satz 3 erwähnt.

Digitized by Google

operiert. Gibt es doch Rechtsverhältnisse, deren wichtigsten Inhalt gerade das Recht der Nutzung und des Fruchtgenusses bildet. So namentlich der vertragsmäßige Nießbrauch an Sachen, Forderungen und ganzen Vermögenskomplexen (§§ 1030, 1068 II, 1085 Satz 2; vgl. §§ 1037 II, 1038), ferner das gesetzliche Nutzungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt am Vermögen des Kindes (§§ 1652, 1656, 1686) und des Ehemannes am Vermögen der Ehefrau, wenn zwischen beiden das System des gesetzlichen Güterrechts obwaltet (§§ 1383 ff.; für das System der Errungenschaftsgemeinschaft vgl. § 1525 I und II). Auch das antichretische Pfand gehört hierher (§§ 1213 f.).

Und noch in einer großen Reihe anderer Fragen und nach vielen anderen Richtungen gedenkt das BGB. der Nutzungen und Früchte. Ein Teil dieser Bestimmungen ist uns bereits bekannt: denn einige der Vorschriften über (gewöhnliche) Bestandteile eines Grundstücks gelten auch von dessen Erzeugnissen (§§ 953 ff., 1120 ff.; vgl. oben S. 193). Aber auch sonst noch erwähnt das BGB. die Nutzungen und Früchte vielfach, indem es erörtert: wer sie erwirbt (vgl. § 1030 cit., § 2111 I Satz 1, §§ 2379 Satz 1, 2380 Satz 2; vgl. § 1283 I wegen der „Nutzungen", §§ 581 I Satz 2, 743 I, 911, 923 I, 1039 wegen der „Früchte"); wann der Betreffende sie erwirbt (§§ 446 I Satz 2, 452, 2379 f. wegen der „Nutzungen" einerseits, § 2038 II Satz 2 wegen der „Früchte" andererseits) und ob er sie herauszugeben oder ihren Wert zu ersetzen hat und von welchem Augenblicke ab (vgl. einerseits §§ 292 II, 347 Satz 2, 2023 II, §§ 487 IV, 818 I, 987, 988, 990 I, 991, 2020, 2023 II (2133) und andererseits §§ 993 I, 2020, 2133, 2184 Satz 1).

Auch die Unterscheidung der Früchte als fructus exstantes (pendentes), fructus percepti (separati) und fructus percipiendi begegnet gelegentlich[1]) (vgl. § 998, §§ 302, 953 ff., 1212, §§ 379 II, 987 II und dazu auch § 990 I Satz 1, § 1017 II). Einen Gegensatz zu den fructus percipiendi, d. h. den schuld-

[1]) Vgl. für einen Teil dieser Beispiele auch Hellmann S. 49.

Digitized by Google

hafterweise nicht gezogenen Früchten bilden diejenigen Früchte, welche den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider, also unter Raubbau gezogen werden (§§ 1039 I, 2133).[1])

§ 42. Anhang: Andere Sachunterschiede.

Wie bereits (S. 179) bemerkt, finden sich in den Lehrbüchern des Civilrechts noch andere Einteilungen der Sachen, welche in BGB. Teil I Abschn. II[2]) nicht ex professo erörtert sind; so die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, Sachen im Verkehr und außerhalb des Verkehrs, Hauptsachen und Nebensachen, teilbaren und unteilbaren Sachen, Sachgesamtheiten und ihren einzelnen Stücken.

Von diesen Unterschieden ist der weitaus wichtigste für das Recht der zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.[3]) Vom römischen Recht fast nur hinsichtlich der Ersitzungsfristen und des Interdiktenschutzes berücksichtigt, hat er im deutschen Recht von jeher eine hervorragende Rolle gespielt, und daß ihm auch das BGB. diese Rolle einräumt, haben wir bereits als Beweis für die mehr germanistische als romanistische Färbung unseres neuen Bürgerlichen Rechts (oben S. 56) kennen gelernt. Ich schalte noch ein, daß in dem in §§ 1549 ff. begegnenden Ausdrucke „Fahrnisgemeinschaft" geradezu die germanistische Terminologie durchschimmert. — Das BGB. markiert diesen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen sogar ganz besonders augenfällig, indem es im dritten, sachenrechtlichen Buche zwischen den ersten Abschnitt „Besitz" und den dritten Abschnitt „Eigentum" einen besonderen (zweiten) Abschnitt mit der Überschrift „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken" einschiebt, der die 30 §§ 873—902 umfaßt; ferner indem es im dritten Abschnitt den Erwerb und Verlust des

---

[1]) Vereinzelte Rechtssätze über Früchte und Nutzungen vgl. noch in BGB. §§ 256 Satz 2, 585 Satz 2, 994 I Satz 2, 1813 I Nr. 4. Irrige Citate finden sich bei Haidlen S. 111 Anm. zu § 102 und Endemann S. 242 Anm. 11. Statt §§ 591 und 999 muß es offenbar heißen §§ 592 und 998.

[2]) Wohl aber äußern sich zum Teil darüber Mot. Bd. III S. 25—52.

[3]) Er (allein) wird denn auch in der I. Lesung (§ 781) ausdrücklich erwähnt.

Digitized by Google

Eigentums an Grundstücken und an beweglichen Sachen in zwei gesonderten Titeln (II und III) behandelt und sogar im Titel I, der vom „Inhalt des Eigentums" spricht, sich in den beiden ersten §§ 903 und 904 über Sachen jeder Art äußert, die folgenden §§ 905—924 dagegen ausschließlich den Grundstücken widmet.

Dazu kommt, daß auch für gewisse dingliche Rechte zwischen Mobilien und Immobilien scharf unterschieden wird — so betreffs des Pfandrechts (vgl. Abschnitt IX Tit. I §§ 1204 ff. mit Abschnitt VIII Tit. I und Tit. II [§§ 1113—1190, 1191—1203]) und auch betreffs des Nießbrauchs (vgl. §§ 1030 ff., 1048, 1056, 1062 ff.) — und daß andere dingliche Rechte als Grundlage notwendigerweise Grundstücke voraussetzen: so die Grunddienstbarkeiten (Abschnitt V Tit. I §§ 1018 ff.), die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (ebenda Tit. III §§ 1090 ff.), die Reallasten (Abschnitt VII §§ 1105 ff.) und neben der Hypothek und der Grundschuld auch die Rentenschuld (Abschnitt VIII Tit. II, 2 §§ 1191 ff.) und nicht minder auch das Vorkaufsrecht (Abschnitt VI §§ 1094 ff.).[1][2] Umgekehrt setzen gewisse andere Rechtsverhältnisse (die aber nicht dinglicher Natur sind) Mobilien voraus, so der Verwahrungsvertrag (§ 688) und die Einbringung von Sachen bei Gastwirten (§ 701, der aber im Gegensatz zu § 688 nicht ausdrücklich blos von beweglichen Sachen spricht), ferner die Ersitzung (§ 937 I) und die Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549 ff. und insbes. §§ 1550 I, 1551); auch die sog. praesumtio Muciana greift (zu Gunsten der Gläubiger des Ehemannes) nur betreffs beweglicher Sachen Platz (§ 1362 I Satz 1).[3]

[1]) d. h. das hier behandelte dingliche Vorkaufsrecht im Gegensatze zu dem in §§ 504 ff. behandelten, auf „Gegenstände" aller Art bezüglichen obligatorischen Vorkaufsrechte.

[2]) Ueber den Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien nach sonstigem Reichsrecht vgl. insbes. Heilfron S. 300 Anm., Riedel S. 261 ff.

[3]) Sondervorschriften betreffs der Mobilien vgl. ferner z. B. in § 196 Nr. 6, § 851, §§ 1006 f. und § 1646 I Satz 1, Sondervorschriften betreffs der Immobilien in §§ 586 ff., 835—838, 1445 (1487 I, 1519 II), 1643 I (1686) und 1821 (nicht 1797, wie Heilfron S. 300 Anm. am Ende der Ziffer α citiert), 2113 I, 2135, ferner auch in § 303, §§ 435 I, 436, § 566, §§ 2165 II, 2166 ff., § 1378; sodann in EVGB. Art. 53, 88, 106 f., 110, 117—129, 131.

Digitized by Google

Aber auch bei manchen anderen Rechtsfragen, welche im Prinzip sowohl für Mobilien wie für Immobilien Erheblichkeit besitzen, werden diese beiden Arten von Sachen verschieden behandelt. Daß die beiden Begriffe „Bestandteil" und „Zubehör" für Immobilien ihre besondere positive Begrenzung erfahren haben, wissen wir bereits aus den Erörterungen über §§ 94 ff. (oben S. 190 f., 196), ebenso daß der Satz „Kauf bricht nicht Miete" (§§ 571 f.) nur bei Miete von Grundstücken (vgl. auch § 580) in Betracht kommt; desgleichen gilt nur für Miete von Grundstücken das Pfandrecht des Vermieters an den invecta et illata des Mieters (§ 559). Vor allem aber ist die Formvorschrift des § 313 wegen der auf Eigentumsübertragung an Grundstücken geschlossenen Verträge zu beachten.[1]) Auch die Form der Sicherheitsleistung (§ 237 I) und die Frist für Geltendmachung eines Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts (§ 503 Satz 1 und § 510 II Satz 1) ist verschieden, ebenso die Frist für Verjährung der Gewährleistungsansprüche (§ 477 I Satz 1); auch der Termin für die Mietszahlung und die Mietskündigung ist ein verschiedener (§ 551, § 565) und verschieden ist auch der Besitzschutz gegen verbotene Eigenmacht gestaltet (§ 859 II und III).

Ich will ferner darauf hinweisen, daß das BGB. innerhalb der unbeweglichen Sachen einzelne Arten derselben hervorhebt und gelegentlich für sie besondere Rechtssätze gibt. So unterscheidet es oft[2]) zwischen Landgütern und landwirtschaftlichen Grundstücken, ohne indessen diese beiden Begriffe zu definieren. Der Unterschied dürfte[3]) dahin gehen, daß Landgüter solche in ländlicher

[1]) Vgl. zu § 313 auch noch § 566 (wegen der Schriftform bei Miete eines Grundstückes für mehr als ein Jahr) und EBGB. Art. 142.

[2]) Beide Begriffe finden sich in BGB. §§ 1055 II, 1421 Satz 2, 1663 II, 2130 I Satz 2 (wo durchweg für die Rückgabepflicht bei landwirtschaftlichen Grundstücken auf § 592, bei Landgütern auf §§ 592 f. verwiesen wird). Landgüter allein begegnen in § 98 Nr. 2 (vgl. oben S. 196) und §§ 593 f., 1515 II und III, 1822 Nr. 4, 2049 I und II, 2312 III, EBGB. Art. 137, landwirtschaftliche Grundstücke allein, in BGB. §§ 582—585, 591 f., 998, 1421, land- und forstwirtschaftliche Grundstücke in EBGB. Art. 64 I.

[3]) Vgl. Planck S. 136 Anm. 3, Riedel S. 260 und daselbst zweite Anm., Heilfron S. 297 Anm. 1, ALR. I, 2 § 48, sowie meine oben S. 89 Anm. 7 erwähnte Studie S. 171 Anm. 185.

Digitized by Google

Lage befindliche, ein wirtschaftliches Ganze bildende und von einem auf dem Gute gelegenen Mittelpunkte aus einheitlich bewirtschaftete Flächen sind, welche zum Betriebe der Landwirtschaft und ihrer Nebengewerbe (wie Brennerei, Brauerei, Meierei) und der Viehzucht dienen, während unter landwirtschaftlichen Grundstücken die lediglich zur Fruchtziehung bestimmten Äcker und Wiesen ganz allgemein zu verstehen sind, die (wie z. B. eine einzelne Parzelle oder ein ganzes Vorwerk) nicht selber Landgüter sind.

Auch für Wälder, Bergwerke und andere auf Gewinnung von „Bodenbestandteilen" gerichtete Anlagen gelten Sondervorschriften (§§ 1038, 2123, vgl. oben S. 188/189; vgl. auch EBGB. Art. 67), ferner für Gebäude (zu §§ 94 II und 95 I Satz 2 und II, § 98 Nr. 1 vgl. oben S. 190 f., 196; vgl. ferner z. B. §§ 836 ff., 1128), für Gärten u. s. w. (EBGB. Art. 71 Nr. 4).

Unter den beweglichen Sachen hebt das BGB., das den Unterschied zwischen „Mobilien" und „Moventien" nicht kennt,[1]) insbesondere hervor die Schiffe,[2]) die es in einigen Richtungen analog den Immobilien behandelt (vgl. § 435 II und §§ 1259 bis 1271), ferner die Tiere (§§ 833 f., 960, §§ 547 I Satz 2, 586 II Satz 2) und unter diesen insbesondere das Wild (§§ 835 ff. und EBGB. Art. 69—71), die Bienen (§§ 961—964) und Tauben (EBGB. Art. 130), sowie Pferde, Rindvieh, Schweine, Schafe und dergl. namentlich bei Verkaufsgeschäften aus dem Gesichtspunkte der Gewährleistung wegen Viehmangels interessierende Tiere (§§ 481 ff.). — Sodann die Gebrauchsgegenstände (§§ 1362 II, 1477 II, 1650: „insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte"), die Haushaltungsgegenstände (§§ 1382, 1932 Satz 1) und die Hochzeitsgeschenke[3]) (§ 1932 Satz 1), vor allem aber das Geld, die Wertpapiere und die Kostbarkeiten[4]) (vgl. §§ 232 ff., 702, 783, 1667 II Satz 4, 1819, 1960 II, EBGB. Art. 146;

[1]) Vgl. Heilfron S. 298.

[2]) Ueber die Rechtsverhältnisse an Schiffen vgl. namentlich Heilfron S. 301 ff.

[3]) Diese können natürlich auch in Immobilien oder Rechten bestehen.

[4]) Gold- und Silbersachen werden in § 1240 erwähnt.

Digitized by Google

vgl. ferner [„Geld"] §§ 244 f., 270, 607, 935 II, 1006 I Satz 2, 1376 Nr. 1, 1377 II, 1806 ff., §§ 1642, 1653 Satz 1; vgl. auch §§ 700 II, 793—808, 952), über welche eine ganze Reihe von besonderen Rechtssätzen gelten.[1])

Die Rechte gehören weder zu den beweglichen noch zu den unbeweglichen Sachen, ja überhaupt nicht zu den „Sachen" im engeren Sinne, vielmehr zu den „Gegenständen" im weiteren Sinne (vgl. oben S. 179). Aber dennoch behandelt das BGB. einige Rechte als unbewegliche Sachen (vgl. außer § 96 — oben S. 192 — auch § 1017 wegen des „Erbbaurechts"), und ebenso spricht es an einer gelegentlichen, zur analogen Ausdehnung nicht berechtigenden Stelle[2]) (§§ 1549 und 1551 betreffs der Fahrnisgemeinschaft) von „beweglichem" und „unbeweglichem" Vermögen unter genauer Abgrenzung des letzteren.

Der Unterschied zwischen teilbaren und unteilbaren Sachen wird in §§ 752 f. angedeutet. Darnach und überhaupt sind in Natur teilbar solche Gegenstände (Sachen, Rechte u. s. w.), die „sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige Teile zerlegen lassen", wie z. B. eine Kapitals- oder Zinsforderung, ein Faß Wein (sein Inhalt), nicht aber ein einzelnes Buch oder die gesammelten Werke eines Dichters oder ein Konversationslexikon oder ein mehrsitziges Rad, das durch Ausschaltung einiger „Bestandteile" in ein einsitziges Rad verwandelt werden kann. Grundstücke sind natürlich teilbar und diese Möglichkeit faßt das BGB. an mehreren Stellen ins Auge, weil dann besondere Einwirkungen betreffs der Grunddienstbarkeit und der Reallast (bei Teilung des Grundstücks des Berechtigten, §§ 1025, 1109, bezw. bei Teilung des belasteten Grundstücks, §§ 1026, 1108 II) eintreten (vgl. auch EBGB. Art. 119—121 und auch BGB. § 1132 II).[3])

---

[1]) Vgl. die genauen Darstellungen bei Cosack § 45 S. 134 ff. und Heilfron §§ 32—34 S. 310 ff., Kuhlenbeck S. 288—303, die jedoch weit über den Rahmen der Spezialvorschriften des BGB. hinausgehen. Vgl. auch Riedel S. 249 ff.

[2]) Vgl. Mot. III S. 32 und auch z. B. Hellmann S. 42, Endemann S. 231.

[3]) Daß der Besitz eines Teiles einer Sache möglich ist und dann zu

Digitized by Google

Die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Sache ist ebenso wie die einer Forderung (unteilbar ist z. B. der Vertrag zwischen meinem Verleger und mir über dieses Werk) entscheidend für die weitere, erst im Obligationenrecht interessierende Frage, ob eine Leistung teilbar ist (vgl. §§ 420, 427, 431 f., 1109 I Satz 2) und für die damit verwandten Fragen nach den Wirkungen der Teilleistung (§§ 266, 320; vgl. § 1145 I), der teilweisen Nichtleistung (§ 283 II) und der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung (§ 280 II Satz 1).

Der in den Lehrbüchern[1]) ganz besonders ausführlich dargestellten Rechtsverhältnisse der „res extra commercium“ gedenkt das BGB. nur gelegentlich. Außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs kann ein Gegenstand zunächst wegen seiner Natur, sodann auf Grund positiven gesetzlichen Verbotes, endlich zufolge Privatdisposition stehen. — Die Natur selber entzieht dem Verkehre insbesondere[2]) Gegenstände wie[3]) das offene Meer, die Luft

dem Selbstschutze gegen verbotene Eigenmacht berechtigt, deutet § 865 an. Im übrigen spricht das Gesetzbuch in § 1477 I von Teilung des „Ueberschusses“ nach Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft und nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten, des weiteren aber nur von „Bruchteilen“ eines Grundstücks (§§ 1106, 1114 wegen der Belastung mit Hypothek und Reallast) oder eines Vermögens (§§ 311, 2087 I: als Gegenstand eines auf Uebertragung oder auf Bestellung eines Nießbrauchs gerichteten Vertrages, der nämlich gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß, und als Gegenstand einer Erbeinsetzung) oder von „Miteigentum“ nach „Bruchteilen“ (§ 1008), sowie von dem „Anteil“ jedes Teilhabers einer Gemeinschaft an dem gemeinschaftlichen Gegenstande (§ 747). Gerade für solche Fälle der Gemeinschaft (denen nach § 731 Satz 2 und § 1477 I die Fälle einer Auseinandersetzung der Gesellschafter und einer nach Aufhebung der Gütergemeinschaft und Tilgung der Gesamtgutsverbindlichkeiten erfolgenden Teilung der Ehegatten in den Ueberschuß gleichgestellt werden) ist die Frage, ob Teilung in Natur möglich ist oder nicht, in ihren praktischen Folgen bedeutsam; denn bei Möglichkeit realer Teilung dient diese dazu, die Auflösung der Gemeinschaft durchzusetzen (die einzelnen gleichen Teile werden verlost, § 752 Satz 2), bei Unmöglichkeit realer Teilung wird das ganze Objekt in der für den öffentlichen Verkauf eines Pfandes vorgeschriebenen Weise (§§ 1235 ff.) öffentlich versteigert (§ 753).

[1]) Vgl. aus der Litteratur zum BGB. insbesondere Heilfron § 29 S. 274–295, Riedel § 36 S. 231 bis 236. Vgl. aber auch Mot. III S. 25—28, sowie ALR. I, 4 § 15 und I, 8 §§ 3 ff., Sächs. BGB. § 58, code civil art. 538.

[2]) Wegen des menschlichen Körpers oben S. 181.

[3]) Alle diese Gegenstände aber nur, bis sie im Urzustande oder im Aggregatzustande (z. B. das Wasser

Digitized by Google

und das fließende Wasser;[1]) sie stehen zunächst in niemandes Eigentum. Dazu treten Gegenstände, die ihrem Zwecke nach dem öffentlichen Gebrauche gewidmet sind, sehr wohl aber (unveräußerliches) Privateigentum, z. B. des Staates, der politischen Gemeinde, der Kirchengemeinde bilden können, wie die öffentlichen Wege[2]) und die dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude[3]) oder die öffentlichen Begräbnisstätten.[3]) Durch Gesetz dem freien Verkehr entzogen sind z. B. verseuchte Tiere oder Sprengstoffe.[4]) Darum sind Rechtsgeschäfte, welche sich auf Veräußerung solcher Objekte beziehen, nichtig (BGB. § 134; vgl. auch[5]) §§ 135 und 136 — und dazu unten S. 250 —, sowie wegen der Verträge insbesondere BGB. § 309), und auch ein Eigentumserwerb durch Okkupation herrenloser Sachen dieser Art findet nicht statt (§ 958 II). Ist der Grund für die fehlende Veräußerungsfähigkeit einer Sache aber lediglich eine Privatdisposition[6]) (z. B. eine Anordnung des Testators, daß sein Lieblingshund nicht veräußert werden dürfe), so hat diese auch nur obligatorische Wirkung unter den Parteien (hier also gegenüber den Erben), für welche diese Veräußerungsschranke gezogen wurde (§ 137 Satz 2), nicht (§ 137 Satz 1) dingliche Wirkung (nach außen hin gegen dritte Personen).[7])

---

als Eis) in Behältern festgehalten werden. — Zu den „Gegenständen" in diesem weiteren Sinne gehören auch die oben S. 180 erwähnten Naturkräfte, z. B. die Elektrizität, welche in Akkumulatoren aufgespeichert werden kann.

[1]) Ein Teil der auf das Wasser bezüglichen Rechtsverhältnisse ist nach EBGB. Art. 65 der partikularrechtlichen Regelung verblieben.

[2]) Die fehlende Verbindung eines Grundstücks mit einem öffentlichen Wege berechtigt zu dem Anspruche auf Einräumung eines Notweges über das Nachbargrundstück: BGB. § 917 I. Der Erwerb der überfallenden Früchte durch den Eigentümer des Nachbargrundstücks geschieht nicht zu Ungunsten der dem öffentlichen Gebrauche dienenden Grundstücke: BGB. § 911 Satz 2.

[3]) Die landesrechtlichen Vorschriften über das Recht zur Benützung eines Platzes in diesen Gebäuden bezw. auf diesen Begräbnisstätten bleiben unberührt. EBGB. Art. 133. Vgl. daher ALR. II, 11 §§ 183 ff., 453 ff., 588, 676 ff.

[4]) Vgl. die Reichsgesetze vom 1. Mai 1894 (RGBl. S. 410) §§ 22, 28 und vom 9. Juni 1884 (RGBl. S. 61) §§ 1, 7—9.

[5]) Vgl. auch wegen eines Vermächtnisses § 2171 Satz 1.

[6]) Vgl. ALR. I, 4 §§ 15 ff.

[7]) Vgl. Kommissionsprot. (nach Haidlen I S. 165). § 137 kommt in Betracht, weil unter die dort erwähnten „Rechte" vor allem auch das Eigentum gehört.

Digitized by Google

Die Begriffe „Haupt- und Nebensache" werden weder vom Gesetz, noch von den Gesetzesmaterialien erläutert, begegnen aber doch in einigen nicht unwichtigen Vorschriften. So, wie wir bereits wissen (in §§ 97 und 98, oben S. 194 ff.) zur Abgrenzung des Pertinenzbegriffes und (§§ 947 II, 951 II Satz 2; vgl. oben S. 189) im Zusammenhange mit den Schicksalen der wesentlichen Bestandteile.[1]) Ferner lehrt § 470, daß sich die vom Käufer wegen eines Mangels der Hauptsache erhobene actio redhibitoria auch auf die Nebensache erstreckt, wogegen bei bloßem Mangel der Nebensache nur wegen dieser die Wandelung beansprucht werden darf. Endlich sagt § 651 II, daß es bei den Regeln vom Werkvertrage sein Bewenden behält und nicht etwa statt ihrer die Regeln vom Kaufe Platz greifen, wenn der Unternehmer eines Werkes sich nur zur Beschaffung von „Zuthaten[2]) oder sonstigen Nebensachen" verpflichtet hat, nicht zur Beschaffung des ganzen Stoffes.

Über „Sachgesamtheiten" (Inbegriffe)[3]) schweigt das Gesetz vollständig,[4]) im Gegensatze zu älteren Kodifikationen;[5]) besondere Grundsätze (namentlich wegen des Eigentumserwerbs) erschienen entbehrlich und gelten also nur, soweit das BGB. sie betreffs einzelner besonderer Arten von Sachgesamtheiten ausdrücklich aufgestellt hat. Dies ist der Fall einmal, indem von den „Sachinbegriffen" überhaupt gesagt wird, daß (§ 92 II, oben S. 184) die zu ihnen gehörigen beweglichen Sachen als verbrauchbar gelten, sofern des Sachinbegriffs bestimmungsmäßiger Gebrauch in Veräußerung der einzelnen Sachen besteht, und sodann, indem wegen der Pflicht zur Herausgabe

[1]) Wenn bewegliche Sachen mit einander in eine derartige „Verbindung" gesetzt werden, daß sie wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, und wenn alsdann eine der Sachen als „Hauptsache" anzusehen ist, so erwirbt deren Eigentümer das Alleineigentum am ganzen Gegenstande (§ 947 II).

[2]) Dieser Ausdruck ist sonst nicht weiter anzutreffen.

[3]) Beliebte Schulbeispiele sind Bibliothek und Herde.

[4]) Vgl. Mot. III S. 28 ff. Vgl. insbes. Riedel § 37 S. 239 ff., Heilfron § 26 S. 248 ff.; vgl. auch Eck S. 23 f., Kuhlenbeck S. 267 ff., Planck S. 127 Anm. 4, Cosack S. 127/128, Endemann S. 228/229.

[5]) Vgl. ALR. I, 2 §§ 10 ff., 32 ff., Sächs. BGB. § 63 Satz 2, code civil art. 533 ff.

Digitized by Google

(§ 260)[1]) und wegen des Nießbrauchs an ihnen (§ 1035) spezielle Vorschriften ergangen sind. — Besondere Arten von Inbegriffen, welche im Gesetzbuch gelegentlich begegnen, sind[2]) das „Warenlager" (im eben erwähnten § 92 II), das Erwerbsgeschäft[3]) in § 1822 Nr. 3, der Bienenschwarm in §§ 961 ff., das „Inventar" eines Gutes, welches zugleich mit dem Hauptgegenstande (insbesondere einem Grundstücke) das Objekt der Pacht (§§ 586 ff.), des Nießbrauchs (§ 1048) oder des eingebrachten Gutes der Ehefrau (§ 1378) bilden kann[4]) und alsdann zu besonderen Rechtssätzen ebenso Anlaß gibt, wie folgende andere Komplexe: das „Vermögen",[5]) welches gleichfalls als Gegenstand eines Nießbrauchs (§§ 1085 ff.) und ferner als Gegenstand einer Vermögensübernahme (§ 419, § 330 Satz 2) oder eines Vertrages überhaupt (§§ 310 f.), insbesondere aber als Gegenstand des Familiengüterrechts[6]) und (§ 1922 I) des Erbrechts die Beachtung des Gesetzgebers auf sich lenkte; der „Nachlaß" (§ 312) oder die „Erbschaft" (§§ 2371 ff.) als Objekte vertragsmäßiger Abreden und innerhalb des ehelichen Güterrechts das „Vorbehaltsgut",[7]) das „eingebrachte Gut"[8]) und das „Gesamtgut".[9])

---

[1]) Hier wird von einem Inbegriff von „Gegenständen" gesprochen, es fallen darunter also auch Rechte.

[2]) Vgl. auch §§ 469, 471, 472 II wegen Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis und ferner EVGVB. Art. 112 wegen der „Bahneinheit".

[3]) Vgl. ähnlich das „Landgut" und der „gewerbliche Betrieb" in § 1822 Nr. 4, das „Landgut" auch in § 98 Nr. 2 (oben S. 196) und §§ 593 f. Diese Begriffe und ebenso der des „landwirtschaftlichen Grundstücks" (vgl. oben S. 206) und der des Grundstücks überhaupt sind aber bereits ganz blaß und unbegrenzbar.

[4]) Vgl. auch § 2111 II.

[5]) Insbesondere wird dann noch das „Gesellschaftsvermögen" in § 718 I, §§ 719 f. erwähnt. Ueber „bewegliches" bezw. „unbewegliches Vermögen" vgl. §§ 1549 und 1551 (oben S. 208).

[6]) Wegen des ehelichen Güterrechts (vgl. z. B. §§ 1363, 1438, 1527) und wegen der Verwaltungsbefugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt (vgl. z. B. §§ 1628 ff., 1638 ff.), wegen der Verwaltungsbefugnis des Vormunds (§§ 1793 f.). — Ueber den Begriff der „ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung" vgl. meine oben S. 89 Anm. 7 citierte Studie S. 172 sub IV 2.

[7]) Vgl. §§ 1365 ff., 1440 f., 1526, 1555.

[8]) Vgl. § 1363, §§ 1372 ff., 1520 ff., 1528, 1550 ff.

[9]) Vgl. § 1438 I, §§ 1439 ff., 1519, 1527, 1529 ff., 1550.

Digitized by Google

Auch über die in älteren Kodifikationen ex professo erörterten Begriffe des „Wertes“[1]) einer Sache und der „Verwendungen“[2]) hat das BGB.[3]) keinerlei allgemeinere Bestimmungen getroffen,[4]) ihrer vielmehr auch nur gelegentlich gedacht. — Der Wert tritt uns dabei in den Einzelformen des wahren, einfachen „Wertes“ (§ 102, § 1067 I und II), des „Kurswertes“ (§ 234 I und III, § 236), des „Schätzungswertes“ (§§ 237, 501, 587, 738 II) und des „Gesamtschätzungswertes“ (der Inventarstücke, § 589 III) entgegen und bemißt sich unter Umständen nach einem „Börsen- oder Marktpreise“ (§§ 385, 1221, 1235 II). — Die „Verwendungen“ (bezw. Aufwendungen) bilden ungemein oft die Grundlage eines Ersatzanspruchs (vgl. §§ 102, 273 II,[5]) 292 II, 450, 500 Satz 1, 547, 972, 994 ff., 999 ff., 1044, 1216, 2022, 2125 I, 2381 I).

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte. § 43. Die Rechtsgeschäfte im allgemeinen.

Der dritte Abschnitt, der die 82 §§ 104—185 umfaßt, spricht über die Rechtsgeschäfte und erörtert gewisse auf sie bezügliche allgemeinere Fragen in sechs Titeln. Unter „Rechtsgeschäft“[6]) ist aber nicht etwa nur der Vertrag zu verstehen (dem ein besonderer Titel, der dritte, gewidmet ist), sondern z. B. auch die Aufrechnungserklärung, die Kündigung, die Mahnung oder etwa das Testament, überhaupt jede auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen hinzielende Willenserklärung. Für das Rechtsgeschäft ist nun diese Willenserklärung selber und die Handlungsfähigkeit des Erklärenden von größter Bedeutung. Beide Fragen werden daher in den beiden ersten Titeln unseres Abschnittes behandelt.

[1]) Vgl. ALR. I, 2 §§ 111 ff.
[2]) Vgl. Sächs. BGB. § 77.
[3]) Vgl. Mot. III S. 30 f.
[4]) Breitere Ausführungen über den „Wert“ vgl. bei Heilfron § 36 S. 344 ff. und Riedel § 38 S. 252 ff.
[5]) § 273 II ist von generellerer Wichtigkeit, da er dem zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten ein Zurückbehaltungsrecht auch wegen der Verwendungen auf den Gegenstand einräumt.
[6]) Ueber die Rechtsgeschäfte im allgemeinen vgl. Mot. I S. 126—129, Planck S. 192 ff., Endemann S. 245 ff., Cosack S. 144 ff., Kuhlenbeck S. 304 ff. und besonders ausführlich Riedel §§ 45—56 S. 311—369, Zum I. Entwurfe insbes. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe, Berlin 1889 (Heft 7—10 der oben S. 10 Anm. 1 erwähnten „Beiträge“).

Digitized by Google

Erster Titel. § 44. Die Geschäftsfähigkeit.

Der erste Titel bespricht die rechtsgeschäftliche Seite der Handlungsfähigkeit[1] („Geschäftsfähigkeit", d. h. Fähigkeit, Rechtsgeschäfte persönlich vorzunehmen, aber auch bei der Empfangnahme von Willenserklärungen mitzuwirken).[2][3] Hier wissen wir nun bereits aus unseren Erörterungen über die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und über die rechtserheblichen Altersstufen (oben S. 111 und S. 107), daß das BGB.[4] nur drei Gruppen kennt und trennt: die völlig geschäftsfähigen, die völlig geschäftsunfähigen Personen und die beschränkt geschäftsfähigen Personen.

Unter letztere gehören, wie wir sahen, nicht allein die Personen zwischen dem 7. und 21. Lebensjahre (§ 106), sondern auch die Entmündigten (§ 114, einschließlich der unter vorläufige Vormundschaft Gestellten, § 1906), es sei denn, daß die Entmündigung im besondern wegen Geisteskrankheit erfolgte. Denn hier liegt völlige Geschäftsunfähigkeit vor, ebenso wie bei Kindern unter 7 Jahren (§ 104 Nr. 1 und 3)[5]; absolut geschäftsunfähig ist aber auch (nach § 104 Nr. 2), wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet. Freilich muß dieser Zustand, der mit effektiver Geisteskrankheit noch nichts zu thun hat, ein dauernder sein; ist er lediglch vorübergehend, wie bei einem epileptischen Anfalle, bei Trunkenheit,[6] Fieberdelirium,[6] Hypnose, Narkose, Somnambulismus oder

[1] Also nicht zugleich diejenigen Akte, welche als Verletzung obligatorischer Pflichten (§ 276 ff.) und (§§ 827 bis 829) als unerlaubte Handlungen gleichfalls für den vom Gesetzgeber vermiedenen Ausdruck „Handlungsfähigkeit" in Betracht kommen. Vgl. Planck S. 149 Anm. 1.

[2] Vgl. wegen BGB. § 131 unten S. 220. — Vgl. zu §§ 104 ff. auch EBGB. Art. 95 II.

[3] Zu Tit. I besonders ausführlich Riebel §§ 57 ff. S. 369 ff., auch Kuhlenbeck S. 97—115. Vgl. auch Hachenburg S. 175 ff.

[4] Zum Unterschiede vom gemeinen Recht, das innerhalb der Minderjährigen noch zwischen Unmündigen (bis zum vollendeten 14. bezw. 12. Lebensjahr) und Mündigen unterschied.

[5] Als Stellvertreter oder Boten eines andern können Geschäftsunfähige (z. B. das sechsjährige Kind als Bote des Vaters bei einem Einkaufe im Kolonialwarenladen) sehr wohl dienen, denn hier erklären sie nicht ihren eigenen Willen.

[6] Der Richter kann aber auch zu der Ueberzeugung gelangen, daß in casu concreto trotz der Trunkenheit und des Fieberdeliriums keine Bewußtlosigkeit oder Störung der Geistesfähigkeit vorgelegen habe.

Digitized by Google

nach einem ganz leichten Schlaganfalle,[1]) so kommt nur die Ungültigkeit einzelner Willensakte in Frage ebenso wie bei Willenserklärungen im Zustande momentaner Bewußtlosigkeit (§ 105 II, z. B. Schlaf), und ebenso, wie unter den gleichen Voraussetzungen eine strafbare Handlung nicht vorliegt.[2])

Damit habe ich schon die Wirkung gestreift, welche sich an den Unterschied absoluter Geschäftsunfähigkeit und blos beschränkter Geschäftsfähigkeit anknüpft; die Willenserklärung des absolut Geschäftsunfähigen ist nichtig[3]) (§ 105 I) und bleibt dies trotz späteren Fortfalles des die Geschäftsunfähigkeit begründenden Umstandes (z. B. Überschreitung des 7. Lebensjahres, Wiederaufhebung der Entmündigung). Von seinem „Taschengelde" darf sich also weder das 6jährige Kind Bonbons, noch der entmündigte Geisteskranke Cigarren kaufen. — Die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen dagegen besitzt Rechtsgültigkeit unter der Voraussetzung, daß es sich entweder lediglich um Erlangung eines rechtlichen Vorteils handelt (wie bei Entgegennahme einer Schenkung, § 516 I, oder eines Schulderlasses, § 397), oder daß der gesetzliche Vertreter zustimmt (§ 107, § 108 I). Wer ist nun dieser „gesetzliche Vertreter"? Das ist der Inhaber der elterlichen Gewalt, also der Vater (§ 1630) bezw. die Mutter (§ 1686) und, wenn beide nicht mehr am Leben oder beide an der Ausübung der elterlichen Gewalt behindert sind, bezw. durchweg betreffs der entmündigten oder unter vorläufige Vormundschaft gestellten Großjährigen der Vormund oder der Pfleger (§§ 1793, 1897, 1915 I). Ich sprach absichtlich von „Zustimmung" dieses gesetzlichen Vertreters, nicht, wie § 107, von „Einwilligung". Denn nach § 108 I

[1]) Zu diesem Beispiel vgl. Endemann S. 169 Anm. 2.

[2]) Vgl. StGB. § 51, der ohne Rücksicht auf die Dauer dieses Strafausschließungsgrundes von „einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit" überhaupt spricht, „durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war." Vgl. dazu Kommissionsprot. S. 56.

[3]) Wegen der Kinder unter 7 Jahren betrachtet dies als bedenklich Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 12 ff., dessen Ausführungen und Beispiele jedoch nicht die Zweckmäßigkeit der Vorschrift für die regulären Fälle zu erschüttern vermögen.

Digitized by Google

genügt, für Verträge wenigstens, auch die nachträgliche „Genehmigung", und beide Ausdrücke sind in der Terminologie des BGB. Unterbegriffe des sie beide umfassenden Begriffes der — vorherigen bezw. nachträglichen — Zustimmung (§§ 183, 184 I).

Im einzelnen schließen sich die Vorschriften über diese beschränkte Geschäftsfähigkeit enge an die Vorschriften des preußischen Gesetzes vom 12. Juli 1875[1]) an, die sich ihrerseits wieder in mancher Hinsicht ans gemeine Recht anlehnen; und ferner sind die §§ 107 ff. so überaus klar redigiert, daß es einer eingehenden Interpretation kaum bedürfen wird.

Hervorzuheben ist jedoch folgendes: Nach gemeinem und Preußischen Recht entsteht bei unkonsentiertem Vertragsschlusse des Minderjährigen ein sog. negotium claudicans, weil der eine Teil — der Gegenkontrahent — an den Vertrag gebunden ist, bis die Genehmigung endgültig erteilt oder verweigert wurde, während der Minderjährige selbst und sein gesetzlicher Vertreter sich von dem Vertrage lossagen kann. Dagegen bestimmt BGB. § 109 I,[2]) daß bis zu erfolgter Genehmigung auch der andere Teil zurücktreten darf und daß es genügt, wenn er den Widerruf gegenüber dem Minderjährigen selber erklärt. Der Widerruf ist nur ausgeschlossen, wenn der Gegenkontrahent die Minderjährigkeit und, bei wahrheitswidriger Vorspiegelung der Einwilligung, deren Fehlen kannte (§ 109 II); hier ist dann also in der That ein negotium claudicans vorhanden.[3]) — Mit dem jetzigen Preußischen Recht stimmt es zwar überein, daß der Gegenkontrahent, der sich über Genehmigung des Geschäftes durch den Vertreter des Minderjährigen vergewissern will, diesen zur Erklärung auffordern darf, und daß Stillschweigen des Vertreters binnen der nächsten 2 Wochen als Weigerung der Genehmigung gilt (§ 108 II Satz 2); neu ist dabei jedoch, daß

[1]) Gesetz vom 12. Juli 1875 betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Aufhebung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit (Ges.Samml. S. 518). Diese restitutio in integrum ist dem BGB. gänzlich fremd. Vgl. unten S. 222.

[2]) Diese Bestimmung ist erst seit der II. Lesung getroffen. Vgl. Kommissionsprot. S. 60/61. Zu § 109 vgl. auch wegen der Dienstverträge des Gesindes EBGB. Art. 95 II.

[3]) Vgl. Cosack S. 159 sub 3a.

Digitized by Google

nunmehr nur eine solche Genehmigung rechtsgültig ist, die gegenüber dem Gegenkontrahenten des Minderjährigen erfolgt, und daß eine etwa vorangegangene Erklärung, die der Vertreter (sei es in zustimmendem, sei es in widersprechendem Sinne) dem Minderjährigen selber abgegeben hatte, jetzt unwirksam wird (§ 108 II Satz 1). — Neu ist sodann die Vorschrift (§ 110), daß jeder Vertrag des Minderjährigen auch ohne Spezialgenehmigung Gültigkeit besitzt (nach stattgehabter Erfüllung nicht mehr in Zweifel gestellt werden kann), wenn der Minderjährige ein Taschengeld zu diesbezüglicher oder zu beliebiger Verfügung erhalten hat (sei es auch von einem andern als dem Vertreter) und nun hieraus seine vertragsmäßige Leistung bewirkt.[1]) — Dagegen ist die Bestimmung nicht neu, daß (§ 108 III) die nachträgliche (eventuell auch stillschweigende, z. B. aus einer Abschlagszahlung zu folgernde) Genehmigung des inzwischen volljährig gewordenen Mündels den Vertrag gültig werden läßt.

Neu ist es vor allem, daß das BGB. (in §§ 108—110 einerseits und § 111 andererseits) unterscheidet zwischen Verträgen des Minderjährigen mit ihren eben geschilderten Rechtswirkungen und rein einseitigen Rechtsgeschäften, wie Kündigung, Mahnung, Erteilung einer Vollmacht, Schulderlaß, Verzicht auf ein dingliches Recht.[2]) Zwar ist auch hier (§ 111) die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Wirksamkeit des Rechtsaktes notwendig, aber die Genehmigung muß schriftlich erfolgen und es muß dieses Schriftstück demjenigen, gegenüber welchem die Kündigung u. s. w. vorgenommen werden soll, vorgelegt werden; geschieht dies nicht (sondern erfolgt die Kündigung u. s. w. nur unter mündlicher Be-

[1]) X bezieht schon seit seinem 6. Lebensjahre ein (anfangs nur kleines) „Taschengeld", das ihm vom 16. Lebensjahre ab wesentlich erhöht, dann aber, da er mit dem 24. Lebensjahr wegen Geisteskrankheit entmündigt werden mußte, wieder geschmälert wurde. X kann nun bis zum 7. Lebensjahre und später seit der Entmündigung von dem Taschengelde garnichts kaufen (vgl. oben S. 215), wohl aber in der Zwischenzeit; und vom vollendeten 21. Jahre ab bis zur Entmündigung darf er auch Cigarren oder Raritäten kaufen, obwohl ihm dieses vom Vater bei Einhändigung des Taschengeldes ausdrücklich untersagt worden war.

[2]) Vgl. zu diesen und anderen Beispielen auch Cosack S. 162.

Digitized by Google

zugnahme auf die mündliche oder schriftliche Genehmigung des Vertreters) und unterläßt der Dritte es nunmehr, das ganze Rechtsgeschäft zurückzuweisen, so ist dies ein genügendes Zeichen seines Einverständnisses: er ist an das Geschäft gebunden, das Geschäft ist gültig. Der Dritte darf aber wegen fehlenden schriftlichen Nachweises die Zurückweisung nicht vornehmen, wenn er von dem Vertreter direkte Mitteilung erhalten hat, daß dieser die Kündigung u. s. w. genehmigt habe. Durch alle diese Rechtssätze wird bezüglich solcher Vorgänge in recht praktischer Weise den Bedürfnissen des täglichen Verkehrs entgegen gekommen.

Im wesentlichen dem preußischen Gesetze vom 12. Juli 1875 nachgebildet sind auch die §§ 112 und 113, welche für die im heutigen Leben so häufigen und so wichtigen Fälle einer praktischen Berufsthätigkeit des Minderjährigen eine Erweiterung[1]) der Geschäftsfähigkeit bieten. Die Gesetzgebung faßt ins Auge: in § 112 selbständigen *Betrieb eines Erwerbsgeschäftes* (z. B. eines Handwerkes, einer Papierhandlung, einer Landwirtschaft) und in § 113 *Dienst- und Arbeitsverhältnisse* (z. B. des Gesindes, des Fabrikarbeiters, des Pferdeknechtes oder Hütejungen, der Kranzbinderin).[2]) In derartigen Fällen involviert die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters[3]) zu solcher Erwerbsthätigkeit gleichzeitig einen generellen Konsens zu gewissen einschlägigen Einzelgeschäften und zwar — genau wie im preußischen Recht — im Falle des § 112 zu allen Rechtsgeschäften, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt (also namentlich zum Einkaufe des Rohmaterials und Verkaufe der fertiggestellten Ware), im Falle des § 113 dagegen zunächst nur

[1]) Zu diesem Ausdrucke vgl. aber *Endemann* S. 112 Anm. 4.

[2]) Auch eine wissenschaftliche Erwerbsthätigkeit gehört hierher, wie (vgl. §§ 611 ff. und insbes. § 622) die der Gouvernante und der Lehrerin an einer Privatschule; und auch öffentlich-rechtliche, amtliche, möglichenfalls alsdann aber unbesoldete Stellungen, wie die als Kanzleibeamter oder Referendar, wird man hierher rechnen müssen.

[3]) § 112 (I Satz 1), nicht aber § 113 verlangt (wie entsprechend § 5 und nicht auch § 6 des Preuß. Gesetzes), daß die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters „mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts" erfolgt. Hiergegen polemisiert *Dernburg* a. a. O. S. 9.

Digitized by Google

zu Eingehung und Aufhebung derartiger Dienst- und Arbeitsverhältnisse, ferner aber — hier geht das BGB. über die vom preußischen Recht gezogene Grenze hinaus — zu sämtlichen Rechtsgeschäften, welche sich als Erfüllung der in ein solches Verhältnis einschlagenden Verpflichtungen darstellen, z. B. auch zur Entrichtung des Krankenkassenbeitrages oder zu Vereinbarungen mit der Dienstherrschaft über Schadensersatzpflichten.[1])

Dem bisherigen preußischen Recht schließt es sich noch einigermaßen an, daß im Falle eines selbständigen Erwerbsgeschäftes (laut § 112 I Satz 2) der Minderjährige dennoch eines gewissen Schutzes (nämlich nach BGB. — § 107 — der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, nach preußischem Recht der des Vormundschaftsgerichts) bedarf, wenn Rechtsgeschäfte in Frage stehen, welche die ausdrückliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erfordern. Ganz neu aber ist die (durch § 113 I Satz 2 erfolgte) Ausdehnung dieser Einschränkung auch auf Dienst- und Arbeitsverhältnisse. Gemeint sind wichtige Angelegenheiten, wie die in BGB. §§ 1643 I und II Satz 1, 1821 ff. aufgezählten.[2]) Umgekehrt ist das Recht des Vertreters, die Ermächtigung zu einer derartigen Berufsthätigkeit zurückzunehmeu oder einzuschränken, zwar betreffs der Dienst- und Arbeitsverträge (§ 113 II) sowohl vom bisherigen preußischen Rechte, wie vom BGB. ins freie Belieben des Vertreters gestellt; bei Erwerbsgeschäften dagegen war im bisherigen preußischen Recht eine solche Zurücknahme oder Einschränkung der Genehmigung garnicht statthaft; nach dem BGB. (§ 112 II) aber ist wenigstens die Zurücknahme gestattet, jedoch an Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geknüpft.[3])

[1]) Etwa darüber, welche Lohnabzüge sich das Dienstmädchen wegen zerschlagenen Porzellans gefallen lassen müsse.

[2]) Von diesen wird allerdings für den Fall des § 113 ein Teil kaum oder nur hinsichtlich der zu Diensten höherer Art verpflichteten und aus den besseren Gesellschaftskreisen stammenden Personen praktisch werden; so die Fälle des § 1821, des § 1822 Nr. 3 bis 5, 8 bis 11, des § 1825. Zu § 112 vgl. insbes. noch §§ 1822 Nr. 3 und 4, 1823, 1827 II, zu § 113 auch §§ 1822 Nr. 6 und 7, 1827 I.

[3]) Auch hiergegen Dernburg a. a. O.

Digitized by Google

Gänzlich neu sind betreffs der Arbeitsverhältnisse im besondern auch die Vorschriften des § 113 III und IV, von denen jene einer mißbräuchlichen Vorenthaltung der generellen Ermächtigung zu derartiger Berufsthätigkeit vorbeugt (und zwar durch Supplierung dieser Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichts), und diese in der einmal erfolgten Ermächtigung präsumtiv eine generelle Ermächtigung zu erblicken zwingt. Dagegen ist betreffs der Dienstverhältnisse im besondern die Bestimmung des § 113 IV schon in der preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 § 8 zu finden.

Im übrigen ordnet das BGB. über die Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen namentlich folgendes an:[1]) Für Annahme der Willenserklärung eines andern (z. B. eines Schenkungsversprechens, einer Kaufsofferte, einer Kündigung), also für die rezeptive Mitwirkung bei Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes,[2]) steht nicht der völlig Geschäftsunfähige, sondern natürlich nur der gesetzliche Vertreter in Frage (§ 131 I); und ebenso statt des beschränkt Geschäftsfähigen, sofern es sich nicht hier, wie schon nach § 107 und § 108 I, lediglich um einen rechtlichen Vorteil handelt oder vorherige Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt (§ 131 II). — Gegen derartige Personen kann nach § 206 I[3]) eine Verjährung (und desgleichen nach § 939 eine Ersitzung) zwar beginnen, aber nicht vollendet werden, wenn sie ohne gesetzlichen Vertreter sind; sie wird erst dann vollendet, wenn entweder dieser Mangel geheilt worden oder die völlige Geschäftsfähigkeit eingetreten ist. Und auch dann wird die Verjährung erst sechs Monate nach Eintritt dieses Augenblicks vollendet (es sei denn, daß die ganze Verjährungsfrist überhaupt weniger als sechs Monate beträgt, wie z. B. nach § 490 I die sechswöchentliche Verjährungsfrist der Wandelungsklage bei Viehmängeln).

[1]) Vgl. Endemann S. 105.

[2]) Von den Sondervorschriften des Vormundschaftsrechts muß hier abgesehen werden.

[3]) Eine Ausnahme sieht § 206 II vor, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit blos beschränkte Person prozeßfähig ist, und dies ist zufolge CPO. § 51 der Fall, soweit sie sich durch Verträge verpflichten kann, also in den Fällen des BGB. §§ 110, 112 f.

Digitized by Google

Was des weiteren die Rechtslage[1]) der völlig Geschäftsunfähigen und der nur beschränkt Geschäftsfähigen[2]) betrifft,[3]) so habe ich darüber schon ausführlich gesprochen, als ich die Folgen der Entmündigung und die Einwirkung der Volljährigkeit bezw. überhaupt der Altersstufen erörterte (oben S. 106 ff.). Ich verweise daher auf die frühere Darstellung und erinnere nur daran, daß wir damals insbesondere die Fähigkeit zur Eheschließung, zur Testamentserrichtung und zur Übernahme einer Vormundschaft ins Auge gefaßt haben. — Einzelne weitere Bestimmungen, die hier interessieren, vgl. in §§ 1325 und 1331 sowie in § 1336 wegen der Nichtigkeit bezw. Anfechtbarkeit der Ehe, in § 1676 (§ 1686) wegen der elterlichen Gewalt und in §§ 2275, 2282, 2284, 2290 II, 2296 I, 2347 wegen Erbvertrages oder Erbverzichtes der Geschäftsunfähigen bezw. in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, ferner in §§ 1630 II Satz 1, 1795, 1909 I wegen kollidierender Rechtsgeschäfte. In Betracht kommt sodann z. B. bezüglich des Vertreters selber § 165, wonach dessen beschränkte Geschäftsfähigkeit keinen Einfluß auf die Wirksamkeit einer von ihm oder an ihn abzugebenden Willenserklärung bildet.[4]) Denn hier handelt es sich ja garnicht mehr um den Schutz des Minderjährigen. Über BGB. § 8 vgl. oben S. 118.

[1]) Wegen der Beweislast ist (vgl. Heilfron S. 375) anzunehmen, daß sie denjenigen trifft, welcher die rechtshemmende Thatsache des Mangels völliger Geschäftsfähigkeit behauptet.

[2]) Da von den sämtlichen vier Gründen für Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, die das BGB. (in § 106 und § 114) kennt, § 2229 III die Mehrzahl aufzählt, hier aber die Testierfähigkeit ausgeschlossen ist, so erscheint die Fassung des § 2229 tadelnswert; es wäre richtiger und übersichtlicher gewesen, mit der Vorschrift des Abs. III zu beginnen und daran die des Abs. II anzuschließen mit dem Zusatze, daß der Minderjährige zum Testieren der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht bedürfe.

[3]) Wegen des internationalen Privatrechts vgl. EBGB. Art. 7; sonst vgl. aus EBGB. noch Art. 95 II sowie Art. 34 Nr. III, Art. 36 Nr. I.

[4]) Weiterhin finden sich erwähnt (durchaus nicht erschöpfend Endemann S. 106 Anm. 3, vgl. aber ebenda S. 108 Anm. 7 und S. 111 Anm. 3): Geschäftsunfähigkeit und Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zugleich in §§ 682, 2201 (2225) — vgl. auch § 1865 —; jene allein in §§ 130 II, 131 I, 153, 672 (675), 791, 794 II, 1595 II, 1676 I, 1728 II, 2282 II, 2283 III; diese allein in §§ 131 II, 1358 III, 1364, 1437 II, 1516 II, 1595 I, 1676 II, 1729 I—III, 1748 II, 1751 I und II, 2282. — Vgl. ferner wegen Deliktsfähigkeit und ähnlicher Punkte §§ 827—829, 832.

Digitized by Google

Wegen der Minderjährigen muß nochmals auf die epochemachende Neuerung hingewiesen werden, daß sie nach Beendigung der Minderjährigkeit ihre völlige Geschäftsfähigkeit in jeder Hinsicht erlangen und daß eine geminderte Selbständigkeit der Hauskinder als solcher — auch über die Volljährigkeit hinaus — dem BGB. unbekannt ist[1]) (vgl. oben S. 106). Auch eine restitutio in integrum wegen Minderjährigkeit ist dem BGB. fremd.

Zweiter Titel. § 45. Die Willenserklärungen im allgemeinen.

Titel II handelt in den 29 §§ 116—144 von den Willenserklärungen und bespricht hier nacheinander folgende für die Wirksamkeit der Willenserklärung wichtigen Punkte: Mentalreservation (§ 116), Simulation und Dissimulation (§ 117), Scherz (§ 118 bezw. 122), Irrtum (§§ 119—122), Betrug und Zwang (§§ 123 und 124), Form (§§ 125—129), Zeit des Zuganges einer Willenserklärung und Person des Adressaten (§§ 130—132), Auslegung (§ 133), Nichtigkeit und Unwirksamkeit (§§ 134—141) sowie Anfechtbarkeit und Anfechtung (§§ 142—144).

§ 46. Mängel der Willenserklärung.

Die Vorschriften der §§ 116—118[2]) — wonach eine Mentalreservation im allgemeinen der Wirksamkeit der Willenserklärung nicht im Wege steht (sondern nur, wenn der Gegenkontrahent gleichfalls den Vorbehalt kannte), hingegen Simulation und Scherz die Erklärung nichtig machen — bieten wenig Neues, ebenso die Vorschrift (§ 117 II), daß bei „Dissimulation" das hinter dem Scheingeschäfte versteckte andere Rechtsgeschäft gilt.[3])

Ein Beispiel für die Mentalreservation des § 116 wäre,[4]) daß ein verheirateter Mann sich mit einem Mädchen verlobt, dessen

[1]) Für das gemeine Recht vgl. hier das SC. Macedonianum, für das preußische Recht ALR. II, 2 §§ 125 ff., 166.

[2]) Vgl. hierzu auch Meisner, Kritische Bemerkungen zur Schlußrevision des Entwurfs des deutschen BGB., Breslau 1896, S. 37, sowie Kuhlenbeck S. 393 ff.

[3]) Vgl. ALR. I, 4 §§ 52 ff. (Scherz), I, 11 §§ 70 ff. (simulierter Kauf).

[4]) Ein lehrreiches Beispiel ist auch das bei Cosack S. 204 Anm. sub 8 erwähnte, daß jemand für einen Denkmalsbau zeichnet in der Annahme, die ganze erforderliche Summe würde nicht zusammenkommen.

Digitized by Google

Sparkassenbuch ihn anlockt, und daß er dabei mit Rücksicht auf seine bestehende Ehe den geheimen Vorbehalt macht, diese Verlobung nicht zu wollen. Dann ist er an die Erklärung gebunden und gilt als Bräutigam; dies äußert sich (da allerdings eine Eheschließung vor dem wirklichen Ableben der Ehefrau unstatthaft ist, § 1309 I Satz 1) dahin, daß wegen des rückgängig gewordenen Verlöbnisses § 1301 Satz 1 und vor allem auch § 1299 anwendbar werden würde. — Ebenso gilt eine testamentarische Verfügung, wenn man sie etwa nur aus Rücksicht auf die Erwartungen des Bedachten trifft, von dem der Testator annimmt, daß er doch sehr bald, jedesfalls lange vor dem Testator selber, sterben werde. — § 116 Satz 2 bezieht sich natürlich nur auf sog. „empfangsbedürftige Willenserklärungen“[1]) — d. h. auf solche Willenserklärungen, welche (wie das vorher erwähnte Beispiel der Verlobung oder wie Vertragsofferte und Vertragsannahme oder Mahnung und Kündigung) einer andern Person gegenüber abgegeben werden müssen — nicht auf rein einseitige Erklärungen (vgl. § 143 IV), wie sie das gleichfalls erwähnte Beispiel des Testamentes oder die Anerkennung der Vaterschaft, die Erbschafts-Annahme oder -Ausschlagung[2]) ergeben.[3])

Während § 116 Satz 1 der sog. „Erklärungstheorie“ huldigt, nach welcher es unerachtet eines Zwiespaltes zwischen der Erklärung und dem Willen nur auf jene allein ankommt,[4]) ist § 117 auf der

[1]) Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf (vgl. oben S. 213 Anm. 6).

[2]) Vgl. Mot. I S. 207.

[3]) Nehmen wir in dem im Texte gedachten Falle an, der bereits Verheiratete geht soweit, daß er das Ja vor dem Standesbeamten ausspricht, weil er als Ehemann dies für unverbindlich hält, und die Braut kennt diesen seinen Vorbehalt, so würde § 116 Satz 2 allerdings nicht Platz greifen (es würde sich keiner der beiden auf die Mentalreservation und die Nichtigkeit der Willenserklärung berufen können); aber dies nur darum, weil die reservatio mentalis keinen der vom BGB. §§ 1323—1335 anerkannten Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe bildet und selbst § 1332 a. E. für unsern Fall nicht zupaßt und weil §§ 1333 f., welche für die Braut in Betracht kämen, gerade deren Unkenntnis der Sachlage voraussetzen. Daß die Ehe dennoch, und zwar zufolge § 1326 nichtig ist, basiert auf einem anderen Umstande, nämlich nicht auf der Mentalreservation selber, sondern auf der Gebundenheit des Mannes (§ 1309 I Satz 1).

[4]) Ueber die im Texte erwähnten Theorien vgl. Mot. I S. 189 ff., Kommissionsprot. S. 94 und z. B. auch Heilfron S. 378, Endemann S. 294 f., insbes. Anm. 5.

Digitized by Google

„Willenstheorie" aufgebaut, nach welcher es umgekehrt auf den wahren Willen ankommt. Hierunter fällt z. B. eine Scheinverlobung, die etwa vorgenommen wird, um einen Verwandten zu einer Schenkung zu verlocken, nicht aber auch hier eine Scheinehe; waren beide Teile bisher ledig, so sind sie nach dem standesamtlichen Akte trotz des Planes eines Scheinvertrages nunmehr rechtmäßige Ehegatten. Da § 117 I nur für „empfangsbedürftige Willenserklärungen" Platz greift, gilt er nicht für die bereits erwähnten Beispiele des Testamentes, der Erbschaftsausschlagung u. s. w. — diese sind vielmehr unbedingt gültig — wohl aber z. B.[1]) für eine Adoption, welche vorgenommen wird, um jemandem die Führung des Namens Johann Maria Farina oder Gustav Weese zu ermöglichen, und um dann unter Benützung dieses Strohmannes Kölnisches Wasser oder Thorner Pfefferkuchen besser in Vertrieb bringen zu können. Ein gutes Beispiel bildet der Thatbestand, welcher den Interventionsprozessen[2]) zu Grunde zu liegen pflegt, indem behufs Benachteiligung der Gläubiger Vermögensstücke zum Schein an die Ehefrau oder an die Kinder abgetreten worden sind. Dies Beispiel lehrt uns zugleich, daß die Nichtigkeit eine absolute und nicht blos relative ist, also von jedem Interessenten, nicht blos inter partes geltend gemacht werden kann: wobei freilich dem beweispflichtigen Dritten der Nachweis des bloßen Scheingeschäfts oft sehr schwer fallen wird.[3])

„Simulamus, quod non est, dissimulamus quod est." („Quae non sunt, simulo, quae sunt, ea dissimulantur.") Das in § 117 II erwähnte dissimulierte Geschäft, z. B. die in Form eines Verkaufes gekleidete Schenkung, gilt, wenn die diesbezüglichen Rechtsvorschriften gewahrt sind. Darnach wird solche

[1]) Vgl. Endemann S. 299 Anm. 5.

[2]) Ueber sie vgl. sehr ausführlich Heilfron S. 382 ff. Anm. 5. Andere Beispiele aus der Praxis bei Scherer S. 165 ff.

[3]) Etwas ganz anderes als das Scheingeschäft ist das fiduziarische Geschäft. Vgl. darüber Heilfron S. 385 ff., Hellmann S. 133, Cosack S. 204 f., Endemann S. 300 III, Kuhlenbeck S. 398 ff. Es besteht darin, daß behufs Erreichung eines gewissen Erfolges dem einen Kontrahenten mehr Befugnisse eingeräumt werden, als er laut Abrede ausüben soll.

Digitized by Google

Schenkung im allgemeinen gültig sein; ungültig wäre jedoch für Preußen zufolge der Klausel des EBGB. Art. 86 eine Schenkung im Werte von mehr als 5000 Mark zu Gunsten einer juristischen Person, wenn die königliche Genehmigung fehlt, deren Einholung man eben durch Wahl eines Scheinkaufes vermeiden wollte. Verstößt das verschleierte Geschäft gegen ein Verbotsgesetz oder dient es unerlaubtem Zwecke, so ist es nach §§ 134, 138 I nichtig.

Gleichfalls auf dem Boden der „Willenstheorie" steht § 118. Da die Ernstlichkeit des Willens fehlt, ist die Erklärung nichtig, selbst wenn man sich in der Erwartung täuscht, daß der andere Teil den Mangel der Ernstlichkeit merken wird, und ganz unabhängig davon, daß es an einer Täuschungsabsicht fehlt. Die Wechselformulare, welche ich die Studenten in meiner Vorlesung über Wechselrecht zur besseren Veranschaulichung der Erfordernisse eines Wechsels ausfüllen lasse, ergeben natürlich keine gültigen Wechsel; ebensowenig bin ich an den Inhalt bloßer Höflichkeitsphrasen[1]) gebunden; noch weniger an das offenbar scherzhafte Versprechen, ein Symphoniekonzert zu dirigieren oder gar die Rolle der „Zerline" zu singen, oder an den Heiratsantrag, den ich bei einer Theateraufführung meiner Partnerin zu machen habe, oder, wenn wir uns in die Zeit vor der Röntgenschen Entdeckung zurückversetzen, an eine — etwa gar am Biertische stattgehabte — Unterhandlung über Verkauf einer Erfindung, mittels derer man „durch eichene Bretter sehen" könne. — Weil aber durch einen unpassenden Scherz, den der andere nicht als solchen erkennt, dieser andere leicht zu Vermögensschaden gebracht werden kann, so hat er[2]) zufolge § 122 Anspruch auf das sog. „negative Vertragsinteresse", es sei denn, daß er den Scherz hätte erkennen müssen und sich seine Harmlosigkeit als Fahrlässigkeit (d. h. Mangel der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, § 276 I Satz 2) darstellt (§ 122 II). So muß ich ihm z. B. die Auslagen erstatten, die er gehabt hat, weil er im Ver-

[1]) Vgl. Mot. I S. 193.
[2]) Und bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen jeder Dritte

Digitized by Google

trauen auf mein Versprechen, das Symphoniekonzert zu dirigieren, eine Musikkapelle engagierte und einen Saal mietete. Weiß er aber, daß meine musikalische Leistungsfähigkeit nur gering ist, oder handelt es sich um das andere Anerbieten, die „Zerline" zu singen, so wird er solche Entschädigungsansprüche nicht erheben dürfen.

In den Fällen der §§ 116 und 117 greifen derartige Ansprüche wegen Nichtzustandekommens des Rechtsgeschäfts überhaupt nicht Platz, weil dort die Nichtigkeit ja nur eintritt, wenn der andere Teil den Mangel der zuverlässigen Willenserklärung positiv gekannt hat.[1]) Übrigens wird derjenige, welcher im Wege der Cession eine urkundlich fixierte Forderung gutgläubig erwirbt, gegen die Einrede geschützt, daß das dieser Forderung zu Grunde liegende Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen sei (§ 405); ebenso darf der Schuldner einer cedierten Forderung bei Scheingeschäften oder sonst unwirksamen Abtretungen diese dennoch als zu Recht bestehend betrachten und sich daher durch Erfüllung an den neuen Scheingläubiger von der Verbindlichkeit befreien, sofern ihm die Cession entweder seitens des bisherigen Gläubigers angezeigt wird oder sofern ihm der neue Gläubiger eine Cessionsurkunde vorlegt (§ 409 I); und ähnlich kann der Mieter den Mietszins ruhig an den neuen Scheineigentümer des Mietsgrundstücks zahlen, wenn der eigentliche Vermieter ihm Mitteilung von dem Eigentumswechsel macht (§ 576 I).[2])[3])

§ 47. Insbesondere der Irrtum.

§ 119 enthält eine der wertvollsten Neuerungen des BGB.[4]) überhaupt, indem er betreffs des Irrtums[5]) die kasuistischen Unterscheidungen beseitigt hat, welche hier das gemeine und das

[1]) Das ALR. I, 4 § 56 gibt derartige Ansprüche nur mit dem Inhalte der Schadloshaltung und nur, wenn „jemand einen andern durch ungebührlichen Scherz zu Anstalten und Handlungen, die diesem lästig sind, wissentlich verleitet" hat.

[2]) Zu § 576 vgl. auch noch § 1056 I und ferner zu diesem §§ 1423, 1546 III, 1663 I, 2135.

[3]) Vgl. auch §§ 171 ff.

[4]) Aber erst der endgültigen Fassung. Die I. Lesung (§ 98 Satz 2) hatte noch den error in negotio, in objecto und in persona besonders hervorgehoben.

[5]) Vgl. auch Meisner a. a. O S. 43 ff., Kuhlenbeck S. 402 ff., 415 ff., 421 ff.

Digitized by Google

preußische[1]) Recht sowohl wegen der Art wie wegen der Folgen vornahm, und indem das BGB. dadurch zugleich mit dem Wuste der bisherigen Kontroversen aufräumt.

Was zunächst die Art des Irrtums anbetrifft, so ergibt das Stillschweigen des Gesetzbuchs über diese Frage, daß wir fortab zwischen unverschuldetem und verschuldetem Irrtum ebensowenig unterscheiden müssen, wie zwischen Irrtum über Thatsachen und Rechtsirrtum,[2]) und daß auch die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen error in negotio, in persona, in objecto, in substantia et qualitate[3]) entbehrlich ist. Dagegen bleibt der Unterschied zwischen Irrtum im Geschäfte selber und Irrtum im Motive (in causa) darum bedeutsam, weil letzterer unerheblich ist.[4]) Der Geschäftsirrtum, welcher — vgl. unten S. 228 — zur Anfechtung berechtigt, liegt dann vor, wenn (§ 119 I) jemand, der eine Willenserklärung abgibt, über ihren Inhalt in Irrtum ist: wenn also zwar diese Erklärung, welche abgegeben wird, auch abgegeben werden sollte — die Erklärung folglich dem Willen des Erklärenden entspricht —, aber wenn sie nicht abgegeben wäre, falls man über die Thatumstände besser unterrichtet gewesen wäre. So, wenn man zwar gerade 100 Flaschen Wein bestellen wollte, aber dabei die Probe, welche das Wohlgefallen des Käufers fand, nicht, wie er glaubte, Rheinwein, sondern Moselwein, oder nicht französischer, sondern deutscher Sekt war; oder wenn der Stein in dem Ringe nicht ein auffallend billiger Brillant, sondern ein auffallend teurer Bergkristall war; oder der Benediktiner und die Eau de Cologne nicht ein berühmtes Originalfabrikat, sondern eine minderwertige Imitation. — Ein ganz anderer Fall ist der, daß man zwar 10 Kisten Cigarren à 1000 Stück bestellt, aber nur 10 Kisten

---

[1]) Vgl. ALR. I, 4 §§ 75 ff.

[2]) Vgl. auch Cosack S. 208.

[3]) Vgl. Heilfron S. 392 ff., Endemann S. 306 Anm. 8.

[4]) Erheblich ist er nur in den casus lege expressi (§§ 2078 II, 2079, 1949 I, 779 I, 2308) und auch (vgl. Hellmann S. 137), wenn der Irrtum im Beweggrunde durch Täuschung oder Drohung seitens des Gegners hervorgerufen wurde, wegen dieses gegnerischen Verhaltens (§ 123, unten S. 232 zu Anm. 6.

Digitized by Google

à 100 bestellen wollte, oder daß man für die 10 kleinen Kisten nicht 80 Thaler, sondern nur 80 Mark bieten wollte. In derartigen Fällen besteht die Disharmonie nicht zwischen korrekter Erklärung und eigentlichem Willen, sondern sie besteht innerhalb der Erklärung des Willens selber und beruht auf Versprechen oder Verschreiben oder vielleicht auch auf einem Vergreifen[1]) (z. B. seitens des Zigarrenhändlers, der in der Eile eine andere Sorte herbeiholt). Dies sind die Fälle, welche § 119 I mit den Worten meint: „wer eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte". Übrigens behandelt das BGB. beide Fälle — den „Erklärungsirrtum" und den „Geschäftsirrtum"[2]) — des weiteren gleich.

Denn beide Male muß fernerhin die Annahme gerechtfertigt sein, daß man bei Kenntnis der wahren Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben hätte. Das wird z. B. zutreffen in den erwähnten Beispielen des Bergkristalls, den man für einen Brillanten hielt, oder des Benediktiners, den man für echt hielt, nicht aber, wenn man sich bei Einkauf des Tischweins zwischen zwei gleichwertigen Sorten irrt, deren eine Lahnwein, die andere Nahewein ist oder die beide unter die Ahrweine gehören. Immer aber ist das quaestio facti, und so wird sich auch keine allgemeine Regel darüber aufstellen lassen, was unter den im Verkehr als wesentlich betrachteten Eigenschaften einer Person[3]) oder Sache[4]) zu verstehen ist, die § 119 II als be-

[1]) Vgl. Mot. I S. 196.

[2]) Heilfron a. a. O. Ein Beispiel für beide Fälle kann je nach der Sachlage das (bei Endemann S. 303 angedeutete) bieten, daß man von „Nießbrauch" spricht, aber „Pacht" meint. Ein Geschäftsirrtum liegt vor, wenn der Onkel dem Neffen auf dessen Bitte 100 Mark gibt, aber nicht, wie dieser glaubt, als Geschenk, sondern als Darlehen.

[3]) Gemeint ist doch wohl die Person des Gegenkontrahenten, so daß ich also – wenigstens nach § 119 II — nicht etwa der Theaterkasse das Billet zurückgeben darf, wenn statt des berühmten Hofopernsängers zufolge einer von mir nicht rechtzeitig bemerkten Aenderung der sehr unzulängliche Tenor der Provinzialbühne den Tannhäuser singt. Ebensowenig kann ich das Konzertbillet zurückgeben, weil der Künstler, welcher auftritt, nicht, wie ich glaubte, Sänger, sondern Klaviervirtuose ist. Wohl aber kann in letzterem Falle der Arrangeur des Konzertes den Irrtum geltend machen.

[4]) In Betracht kommen aber nur

Digitized by Google

sondere Musterfälle des „wesentlichen" Irrtums nennt.[1]) Jedesfalls aber ist die Wesentlichkeit der Eigenschaft nach objektiven, nicht nach rein subjektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. So ist es also von Erheblichkeit, ob ich behufs Bestellung eines Rockes in das mir als besonders gut empfohlene Garderobengeschäft gehe oder aus Versehen in den bedeutend weniger guten Nebenladen; unerheblich ist es dagegen, ob ein fanatischer Antisemit aus Versehen in das Geschäft eines jüdischen Garderobiers gerät oder ob ein sehr abergläubischer Mensch eine Wohnung in einem Hause Nr. 13 mietet.[2])

Die Wirkung des Irrtums ist im Gegensatze zum gemeinen und preußischen Recht nicht nach der Art des Irrtums eine verschiedene,[3]) sondern, sofern der Irrtum überhaupt wesentlich ist, einheitlich dahin normiert, daß die Willenserklärung angefochten werden kann; natürlich nur von demjenigen, welcher die Willenserklärung abgegeben hat,[4]) sei es als Antragsteller, sei es als Acceptant. Die Anfechtungserklärung muß aber laut § 121 I Satz 1 unverzüglich nach Kenntnis vom Irrtum erfolgen, damit der andere Teil nicht unnötig hingehalten wird. Ob

---

Eigenschaften der „Person" (s. vorige Anmerkung) oder der „Sache", welche Objekt des Rechtsgeschäftes bildet, nicht Eigenschaften des sonstigen „Gegenstandes" in dem oben S. 180 erörterten Sinne. Daher kann ich, weil sich der Einkauf eines Theaterbillets als Vertrag über Handlungen (Bühnenaufführung) darstellt, der Theaterkasse das Billet nicht zurückgeben — oder doch nicht auf Grund des § 119 II —, weil statt des berühmten Gastes der einheimische Tenor auftritt (vgl. oben S. 228 Anm. 3) oder weil statt der Novität ein altes, mir längst bekanntes Stück, statt des Wagnerschen Tannhäusers der „travestierte Tannhäuser" aufgeführt wird.

[1]) Ob die gemietete Köchin wirklich perfekt oder nur „imperfekt" kocht, dürfte gegen Cosack S. 207 als wesentliche Eigenschaft zu betrachten sein, nicht bloß, ob sie überhaupt zu kochen versteht oder nicht.

[2]) Vgl. zu diesen Beispielen Hölder im Archiv für civilrechtliche Praxis Bd. 80 (Freiburg i. Br. und Leipzig 1893) S. 38, Eck S. 47, Endemann S. 307.

[3]) Vgl. auch Heilfron S. 396 f. sub α und S. 397 Anm. 18, 391 Anm. 11.

[4]) Dies kann aber auch der Gegenkontrahent sein, der auf Grund des Irrtums des Antragstellers seinerseits gleichfalls in Irrtum gerät. Vgl. Cosack S. 209 sub b. Oft wird dann aber überhaupt kein übereinstimmender Wille vorliegen und darum das Geschäft keine Gültigkeit besitzen.

Digitized by Google

man freilich erst auffallend spät den Irrtum bemerkt hat, bleibt gleichgültig, und insofern setzt allerdings das BGB. eine Prämie auf die Sorglosigkeit. Bedenken erregt es auch, wenn man sich auf den Standpunkt des Gegenkontrahenten stellt, daß es nach § 121 I Satz 2 nur auf die rechtzeitige Absendung der Anfechtungserklärung, nicht auch auf deren rechtzeitiges Eintreffen oder überhaupt auf ihr Eintreffen ankommt. Dagegen ist es eine billigenswerte Neuerung,[1]) daß das Anfechtungsrecht zeitlich begrenzt ist (§ 121 II) und höchstens während der Zeit von 30 Jahren seit Abgabe der Willenserklärung selber überhaupt geltend gemacht werden darf.

Mit dem eigenen Irrtum des Erklärenden und mit dem Versprechen oder Verschreiben stellt das BGB. (§ 120) sowohl in den Wirkungen wie in den weiteren Voraussetzungen den Fall gleich, wenn eine Mittelsperson — namentlich also ein Bote oder eine zur Übermittelung verwendete Anstalt, wie die Reichspost oder die Privatpost oder das Telegraphenamt — die an sich richtige und fehlerfreie Willenserklärung falsch übermittelt, indem z. B. statt 1000 nur 100 im Telegramm steht oder umgekehrt oder statt „verkaufe" „kaufe".[2]) — Unter die in § 120 genannten Anstalten wird das Telephonamt nicht zu rechnen sein,[3]) da es nicht Willenserklärungen übermittelt, sondern direkte Unterhaltungen vermittelt, bei denen dann freilich Mißverständnisse durch Verhören leicht möglich, aber rechtlich nicht anders zu beurteilen sind als derartige Mißverständnisse bei Unterhaltungen Auge in Auge. Selbst wenn die Verbindung mit einer falschen Person hergestellt wird, liegt keine unrichtige Übermittelung vor; es wird sich aber zumeist[4]) die

[1]) Vgl. Cosack S. 207 a. E.

[2]) Vgl. Beispiele aus der älteren Judikatur bei Scherer S. 180 sub A.

[3]) Scherer S. 180 sub 2 und Gareis S. 24 Anm. 2, sowie Fischer-Henle S. 53 Anm. 2 rechnen das Telephonamt hierher, während die Motive (I S. 203) und auch Heilfron S. 398 f., Cosack S. 211 und Endemann S. 308 es unerwähnt lassen und Planck S. 170 a. E., S. 181 sub 2 offenbar die gleiche Auffassung hat, wie sie oben dargelegt ist.

[4]) Doch kann es z. B. bei einem Verkaufe zum Tagespreise dem Antragsteller ganz gleichgültig sein, wer ihm die Ware abnimmt.

Digitized by Google

Anfechtbarkeit sehr leicht durch § 119 begründen lassen, weil man sich mit dieser Person garnicht unterhalten wollte.[1])

Auch sonst äußert sich das BGB. oft über den Irrtum und zwar, was die Wirkung betrifft, zumeist gleichfalls dahin, daß die Anfechtung statthaft ist.[2]) Ganz ausnahmsweise tritt Nichtigkeit der Erklärung ein.[3])[4])

[1]) Eigenes Verschulden des Urhebers der Willenserklärung, der etwa einen Blödsinnigen oder ein kleines Kind als Boten benützt oder die Urschrift zum Telegramm sehr undeutlich geschrieben hat, hindert die Anfechtung nicht (vgl. Cosack S. 211; ebensowenig vis major, z. B. Betriebsstörung beim Telegraphen, als Ursache der falschen Uebermittelung; vgl. Heilfron S. 399). Doch kann das Verschulden natürlich eine Pflicht zum Schadensersatz an den andern herbeiführen (vgl. BGB. §§ 276 I, 823 I), auch abgesehen von der in diesem Falle und bei Irrtum ebenso wie bei Scherz Platz greifenden Pflicht zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses (§ 122). Ferner kann unter Umständen die Mittelsperson selber für ihr Verschulden haftbar sein; die Telegraphenverwaltung freilich haftet für Versehen ihrer Beamten nicht (Deutsche Telegraphen-Ordnung vom 21. Juni 1872, RGBl. S. 213, § 26 I), und wenn der Ueberbringer der Nachricht nicht Mittelsperson ist, sondern sich ohne Auftrag in die Angelegenheit einmischt, so haftet der Urheber der Willenserklärung natürlich überhaupt nicht (vgl. Cosack S. 211 bis 212).

[2]) So ist anfechtbar nach §§ 1332 f. die Eheschließung, nach §§ 2078 f. eine letztwillige Verfügung, nach § 2281 I der Erbvertrag und nach § 318 II (§§ 2156, 2192) — hier freilich nicht seitens des Irrenden selber — die von einem Dritten erfolgte nähere Bestimmung der Vertragsleistung. Dabei wird, ähnlich wie in § 119 I, in § 1333 und in §§ 2078 I, 2079 Satz 2 die Rücksichtnahme auf die Unwahrscheinlichkeit der Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und in §§ 1333 (nicht auch in §§ 2078 I, 2079) bei verständiger Würdigung — hier nicht des Falles, sondern — des Wesens der Ehe betont, und ähnlich wie in § 121 die Notwendigkeit unverzüglicher Anfechtung, sowie die 30jährige Maximalfrist in § 318 II. Eigenartige Zuspitzung des Anfechtungsgrundes Irrtum findet sich in § 1332 (Unkenntnis, daß es sich um eine Ehe handelt), § 2078 II (irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Ereignisses), § 2079 (Unkenntnis vom Vorhandensein eines Noterben).

[3]) Wenn sich der Erbe bei Annahme der Erbschaft im Delationsgrunde irrte: § 1949 I (vgl. dazu § 1484 II wegen fortgesetzter Gütergemeinschaft).

[4]) In ganz anderer Richtung bewegen sich die Rechtsfolgen in den Fällen der §§ 155 und 686. — Die durch § 122 aufgestellte Schadensersatzpflicht ist für den Fall des § 2078 durch Abs. III ausdrücklich ausgeschlossen; eine Schadensersatzpflicht wegen Irrtums, und zwar ebenso wie in § 122 auch wegen gänzlich unverschuldeten Irrtums greift übrigens auch zufolge § 231 ein, wenn man einen Akt der Selbsthilfe vorzunehmen glaubt, sich aber in dieser Annahme und in Vorhandensein der Voraussetzungen für erlaubte Selbsthilfe geirrt hat.

Digitized by Google

§ 48. Insbesondere Täuschung und Drohung.

Ebenso wie wegen Irrtums ist eine Anfechtung gegeben wegen Betruges und Drohung.[1] Das Gesetzbuch behandelt beide Fälle (in §§ 123 ff.) im allgemeinen gleich, wir müssen jedoch genauer unterscheiden.

Was den Betrug betrifft, so wählt das BGB. nicht diesen Ausdruck (wie es noch die I. Lesung thut), sondern, um Verwechselungen mit dem strafrechtlichen Betrugsbegriffe[2] zu vermeiden, den Ausdruck „arglistige Täuschung".[3] Dadurch ist gesagt, daß die wissentliche Hervorrufung des Irrtums genügt, eine Bereicherungsabsicht und eine wirkliche Vermögensschädigung, wie im Strafrecht, dagegen nicht notwendig vorliegen muß.[4] Doch ist Kausalzusammenhang zwischen der Entstehung des irrigen Willens und jener arglistigen Täuschung erforderlich;[5] hierfür genügt aber auch Hervorrufung eines Irrtums im Motive[6] und eines Irrtums in geringfügigeren Nebenumständen[7] und in den für den Irrtum als selbständigen Anfechtungsgrund nicht ausreichenden (vgl. oben S. 229) rein subjektiven Momenten. So kann der Antisemit, dem sich der andere Teil fälschlich als Christ ausgab, das Geschäft anfechten, weil er bei einem jüdischen Lieferanten keine Bestellung gemacht haben würde, und der gleichfalls erwähnte abergläubische Mieter kann den Mietsvertrag anfechten, weil ihm statt der Hausnummer 13 eine andere genannt worden war. Ebenso genügt es, daß nicht eine positive Vorspiegelung falscher Thatsachen erfolgte, sondern eine Unterdrückung wahrer Thatsachen vorliegt, wenn die Verkehrs-

[1] Auch hier vgl. Meisner a. a. O. S. 46 ff., Kuhlenbeck S. 434 ff., 447 ff.

[2] Strafgesetzbuch § 263.

[3] Der in ALR. I, 4 § 91 ff. vorgesehene Fall (Trunkenmachen, Erregung heftiger Leidenschaften) ist ins BGB. nicht übergegangen.

[4] Vgl. § 1334 II und Heilfron S. 399 Anm. 1.

[5] Dieser Kausalnexus fehlt, wie Heilfron S. 401 richtig bemerkt, zumeist bei reklamehaften Zusicherungen.

[6] Vgl. oben S. 227 Anm. 4. Das von Heilfron S. 401 gewählte Beispiel, daß die Braut dem Bräutigam ihre außereheliche Mutterschaft verschweigt, ist für den Irrtum im Motive nicht zutreffend gewählt. Vgl. unten S. 233 Anm. 1.

[7] Vgl. Planck S. 173 sub 2. Die Unterscheidung des gemeinen Rechts (und des ALR. I, 4 §§ 84 ff.) zwischen dolus causam dans und dolus incidens ist jetzt aufgegeben. Vgl. Heilfron S. 404 Anm. 6 und Endemann S. 312 Anm. 1 a. E.

Digitized by Google

anschauung, insbesondere die Grundsätze von Treue und Glauben (oben S. 78) eine Aufklärung erfordert hätten.[1]) Eigene Nachlässigkeit des Getäuschten schließt die Anfechtung nicht aus,[2]) und auch nicht der Umstand, daß die Täuschung zunächst von einem Dritten (z. B. dem „Agenten") ausging,[3]) dann aber von dem Empfänger der Willenserklärung ausgenützt wurde. Wenn dagegen letzterer die Täuschung weder kannte noch kennen mußte, ist die Anfechtung unstatthaft (§ 123 II Satz 1), es sei denn, daß keine „empfangsbedürftige" Willenserklärung vorlag.[4])

Nicht nur in diesem Falle richtet sich die Anfechtung gegen einen andern als den Betrüger selber, sondern auch dann, wenn ein Dritter aus der Willenserklärung unmittelbar ein Recht erwerben soll, dieser Dritte seinerseits aber die Täuschung kennt oder kennen muß (§ 123 II Satz 2): so die Ehefrau, zu deren Gunsten der Ehemann sein Leben versichert, indem er in dem Versicherungsantrage der Versicherungsgesellschaft falsche Angaben über seinen Gesundheitszustand macht.[5]) Auch dies ist aber nur als eine persönliche Wirkung der Anfechtung zu bezeichnen, nicht als eine „dingliche" (in rem);[6]) eine solche, gegen jeden Dritten gerichtete Wirkung tritt vielmehr nur ein, wenn die persönliche Anfechtung durchgeführt und dadurch die gleiche Wirkung nach außen und insbesondere gegen bösgläubige[7]) Dritte hervorgerufen wird, wie bei absoluter, von Anfang an bestehender Nichtigkeit (§ 142).

---

[1]) Das S. 232 Anm. 6 erwähnte Beispiel würde hierunter fallen. — Vgl. andere Beispiele bei Endemann S. 313 Anm. 2, Cosack S. 213/214; vgl. auch Heilfron S. 400 Anm. 2.

[2]) Vgl. Cosack S. 214 sub 4.

[3]) In dem von Endemann S. 314 Anm. 3 gebildeten Beispiele ad α muß es aber heißen: B spiegelt dem A vor. . .

[4]) Ein Testament, ein Erbschaftsantritt, eine Erbschaftsentsagung, eine Anerkennung der Vaterschaft (vgl. oben S. 223) kann daher angefochten werden, gleichviel von wem die Täuschung ausging. Vgl. Heilfron S. 404, Cosack S. 214 sub 1 a. E.

[5]) Alsdann würde diese Ehefrau als Anfechtungsgegner zu betrachten sein; § 143 II.

[6]) Vgl. Heilfron S. 403, 405, Endemann S. 314 Anm. 3 Abs. 2; nicht sehr klar dagegen erscheinen mir die Bemerkungen bei Hellmann S. 137/138, doch werden sie durch die Bemerkungen S. 140 in dem im Texte angedeuteten Sinne aufgeklärt.

[7]) Gutgläubige Dritte genießen auch hier den oben S. 225 Anm. 2 angedeuteten Schutz.

Digitized by Google

Übrigens kann die arglistige Täuschung dem Getäuschten[1]) außer dem Anfechtungsrechte auch einen Anspruch aus BGB. §§ 823 ff. (vgl. § 249) und somit eine unverjährbare Einrede aus § 853 vermitteln.[2])

Denn die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist an eine Maximalfrist von 30 Jahren seit Abgabe der Willenserklärung ebenso gebunden wie die wegen Irrtums, und innerhalb dieser Maximalfrist gilt auch hier eine engere, mit Kenntnisnahme des Anfechtungsgrundes beginnende Frist, die freilich bei Täuschung nicht wie bei Irrtum durch den ziemlich unfesten Begriff „unverzüglich" abgegrenzt, sondern ganz positiv auf Jahresfrist abgemessen worden ist (§ 124 I—III).[3])

Dasselbe, wie von der arglistigen Täuschung gilt auch von der Drohung. Insbesondere ist auch hier Kausalzusammenhang zwischen Drohung und wirklicher Erklärung erforderlich und das Anfechtungsrecht innerhalb der 30jährigen Maximalfrist an eine Jahresfrist gebunden, die hier jedoch mit Beendigung der Zwangslage aufhört (§ 124 II Satz 1). Das Anfechtungsrecht wird ferner in denjenigen Fällen, in denen die Willensbeeinflussung von einem Dritten ausgeht oder einem Dritten zu gute kommt, hier nicht von der Voraussetzung (§ 123 II) abhängig gemacht, daß der eigentliche Empfänger der Willenserklärung bezw. der lukrierende Dritte mala fide war; die Anfechtung greift vielmehr auch gegen solche Personen Platz, die von der Drohung nichts wissen oder wissen mußten, und vor allem daher bei Vertragsschluß gegen den andern Teil, wenn die Drohung von einer ganz fernstehenden Person ausging.

Im übrigen ist zu den Bestimmungen des BGB. über die Drohung, welche im wesentlichen denen des ALR. I, 4 §§ 33 ff. entsprechen,[4]) noch folgendes zu bemerken: Unter § 123 gehört nur

[1]) Von einer Pflicht des Getäuschten zu Ersatz des „negativen Vertragsinteresses" (§ 122, oben S. 225) kann natürlich keine Rede sein. Vgl. auch Cosack S. 214 sub 5.

[2]) Vgl. Endemann S. 314/315 und schon Mot. I S. 208.

[3]) Wegen § 124 II Satz 2 vgl. unten S. 298/299 (zu §§ 203, 206 f.).

[4]) Doch sind im preußischen Recht (ebenso wie im gemeinen) die Wirkungen der Drohung (Nichtigkeit oder

Digitized by Google

die Drohung (vis compulsiva) und die durch sie veranlaßte Erklärung des zwar stark beeinflußten, aber in seiner Existenz nicht zu leugnenden Willens[1]); nicht gehört dagegen hierunter die vis absoluta, der physische Zwang (z. B. zum Schreiben unter gewaltsamer Führung der Hand). Denn der Zwang[2]) erzeugt überhaupt keinen Willen; die Erklärung ist deshalb ungültig und der Vorgang nicht nur anfechtbar, sondern völlig nichtig. Es genügt im übrigen für den Begriff der Drohung, daß nur der Bedrohte selbst nach seiner subjektiven, überängstlichen Auffassung sie für zwingend hielt, während jeder andere Mensch in diesem Benehmen des Bedrohers noch keinen Zwang erblickt hätte, dem er sich unterwerfen müsse. Welches Rechtsgut des Menschen bedroht wird, ob Leben, Freiheit, Vermögen, Ehre u. s. w., ist gleichgültig, wohl aber muß sich die Drohung selber als „widerrechtlich" darstellen (§ 123 I). Das ist nicht der Fall, wenn der Darlehensschuldner mit Klage und Zwangsvollstreckung, der säumige Mieter mit Exmission bedroht wird; denn der Gläubiger hat ja ein legales Recht, diese Zwangsmittel zu handhaben,[3]) vorausgesetzt natürlich, daß die Schuld bereits fällig ist. Widerrechtlich dagegen ist die Drohung mit Gewaltthätigkeiten[4]) oder mit Strafanzeige oder mit Aufdeckung diskreter Beziehungen.[5]) Die Androhung des Strikes wird unter § 123 I fallen, wenn die sofortige Arbeitseinstellung laut Vertrag bezw. Gesetz unstatthaft ist; bei Vorhandensein eines unbeschränkten Kündigungsrechts dagegen ist die Drohung sofortigen Austrittes (bezw. andererseits sofortiger Entlassung) aus dem Dienstverhältnisse durchaus nicht widerrechtlich.[6])

Anfechtbarkeit) sehr bestritten. Vgl. auch Heilfron S. 409 Anm. 12 und daselbst im Text.

[1]) Vgl. l. 21 § 5 Dig. quod metus causa 4, 2: tamen coactus volui.

[2]) Gleich dem Zwange wird wohl auch die mittels Hypnose und Suggestion erfolgende Willensbeeinflussung zu beurteilen sein. Vgl. auch oben S. 214/215.

[3]) Sehr richtig verweist Planck S. 173 Anm. 3 auch auf Drohung mit Selbsthilfe des BGB. § 229.

[4]) Z. B. (vgl. Endemann S. 315 Anm. 5) behufs Erzielung von Lohnerhöhung. Die Androhung von Prügeln dürfte denn doch gegen Cosack S. 215 sub 1 b als widerrechtlich zu betrachten sein.

[5]) Vgl. Scherer S. 202 f. sub 13.

[6]) Vgl. auch Endemann S. 315 darüber, daß eine Drohung auch dann widerrechtlich ist, wenn zwar nicht die Mittel, wohl aber der Zweck (Erzielung wucherlicher Zinsen, eines Schweigegeldes) dem Recht zuwiderlaufen.

Digitized by Google

Auch Täuschung und Drohung werden natürlich vom BGB. noch in sehr vielen Einzelstellen erwähnt, die aber im wesentlichen mit den bereits wegen des Irrtums erwähnten zusammengehören.[1])

§ 49. Die Form der Rechtsgeschäfte.

Die §§ 125 bis 129, welche sich mit der Einwirkung des Formmangels und mit einigen andern auf Formvorschriften[2]) bezüglichen Normen beschäftigen, knüpfen an etwaigen Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ebenso, im Zweifel wenigstens, an den Mangel der rechtsgeschäftlich bestimmten Form die Folge der Nichtigkeit (§ 125). Der Formmangel steht also in seiner Wirkung nicht nur dem Irrtum, der Täuschung und der Drohung gleich, sondern der scherzhaften Willenserklärung, der Simulation und der dem Empfänger der Willenserklärung bekannten Mentalreservation. Wegen dieser Nichtigkeit formwidriger Rechtsgeschäfte sind für die praktische Jurisprudenz zunächst die Vorschriften der §§ 126—129, sodann aber auch alle die andern Gesetzesvorschriften von eminenter Bedeutung, welche sich über die Form der Rechtsgeschäfte äußern. Hierüber später. Zunächst über §§ 126 ff.

Das BGB. unterscheidet — an dieser Stelle wenigstens; vgl. unten S. 241 f. — drei verschiedene Formen: die Schriftform (§§ 126 und 127), die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128) und die öffentliche Beglaubigung (§ 129); im allgemeinen denkt das BGB. aber nur an solche Fälle, in denen eine dieser

[1]) Vgl. zu den Fällen der §§ 318 II, 405, 409 I und 576 I, bei denen gleichfalls arglistige Täuschung obwalten kann, oben S. 266, 231 Anm. 2. Verschiedene Behandlung erfahren Irrtum einerseits und arglistige Täuschung bezw. Drohung andererseits in §§ 1332 ff. (vgl. insbesondere § 1339 II und § 1346). Vgl. ferner § 2339 I Nr. 3 und II, §§ 1599, 1731, 1755. Drohung allein wird erwähnt in § 1704 und besonders hervorgehoben wird sie in § 1954 II (und dazu § 1484 II; in § 1954 III Besonderheiten wegen der Frist).

[2]) Vgl. auch Tränkner im Sächsischen Archiv Bd. VII (1897) S. 321 bis 358, sowie (zur Reichstagsvorlage) Denkschrift S. 36 ff., Meisner, Kritische Bemerkungen S. 27 ff., 33 ff., Eck S. 53 ff. — Kuhlenbeck läßt in Teil I die Form der Rechtsgeschäfte unerörtert. Die Abhandlung von Fritze, Die stillschweigende Willenserklärung im BGB. (Archiv für Bürgerl. Recht Bd. XIV, 1898, S. 181—218) konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Digitized by Google

drei Formen „durch Gesetz" vorgeschrieben ist; lediglich § 127 erwähnt bei der Schriftform auch die Möglichkeit einer durch Rechtsgeschäft eingeführten Notwendigkeit.

Als Beispiel der gesetzlich vorgeschriebenen *Schriftform* (§ 126) ist uns bereits das Stiftungsgeschäft unter Lebenden (§ 81 I, oben S. 170) bekannt; andere besonders wichtige Beispiele sind die Quittung (§ 368 Satz 1), die Bürgschaft (§ 766 Satz 1), das Schuldversprechen (§ 780) und das Schuldanerkenntnis (§ 781 Satz 1).[1]) Der Gesetzgeber (§ 126 I) verlangt nun[2]) *eigenhändige Namensunterschrift* des Ausstellers der schriftlichen Urkunde bezw., wenn der Aussteller statt seiner Unterschrift nur ein Handzeichen (z. B. drei Kreuze) malen kann oder will, dessen Beglaubigung durch Gericht oder Notar. Daraus ergibt sich im einzelnen folgendes:[3]) Wie der Text der Urkunde hergestellt ist, bleibt gleichgültig; er kann in deutscher oder fremder Sprache, mittels deutscher oder fremder (lateinischer, hebräischer, chinesischer) Schriftzeichen und auch mittels Stenographie oder Geheimschrift niedergeschrieben sein. Gleichgültig ist auch das Material, auf welchem geschrieben wurde (Papier, Pergament, Schiefertafel, Wandtafel, Tischplatte u. s. w.) und mit welchem geschrieben wurde (Tinte, Bleifeder, Kreide, Ölfarbe, Blut), sowie die Methode, mittels welcher die Urkunde hergestellt wurde (*Niederschrift* durch den Erklärenden, durch die Gegenpartei, durch einen Dritten; Schreibmaschine, Hektograph, Druck, wie dieser z. B. bei Versicherungsverträgen üblich ist). Nur wo das Gesetz, wie beim holographischen Testament (§ 2231 Nr. 2), eigenhändige Niederschrift durch den Urheber der Willenserklärung verlangt, hat natürlich die Verabsäumung dieser Form nach § 125 Nichtigkeit der Willenserklärung zur Folge.

[1]) Vgl. unten S. 239 Anm. 1. Vgl. ferner BGB. §§ 111 Satz 1 (oben S. 217), 410 II, 416 II Satz 2, 566 (581 II), 761, 783 f., 792 I Satz 2, 793, 1154 (I und II), 1192 I, 1831 Satz 2, 2231 Nr. 2. — Vgl. auch § 32 II, § 57, § 59 II und III, § 1321, §§ 1993 ff., 2121 I, 2215 I und II.

[2]) Dies und das im folgenden Bemerkte interessiert, wenn die Schriftform nicht gesetzlich vorgeschrieben war, höchstens nach Lage des Einzelfalls. Vgl. auch *Planck* S. 177 oben.

[3]) Diese wichtigen Fragen läßt *Tränkner* a. a. O. unerörtert.

Digitized by Google

Die Unterschrift im besondern[1]) muß eine (eigenhändige)[2]) Schrift sein, es genügt also nicht Herstellung durch Druck[3]) oder Unterstempelung, selbst nicht mit Faksimilestempel. Eine Ausnahme gestattet im Interesse des Verkehrs § 793 II Satz 2[4]) für Schuldverschreibungen auf den Inhaber (z. B. Lotterielose und Staatspapiere). — Es muß ferner eine Unterschrift gegeben werden, also eine Schrift unter den Text der Urkunde (nicht, wie beim Wechselaccept, Querschrift), und darum kann es zweifelhaft sein, ob die auf einem unausgefüllten Blankett im voraus erfolgte Schreibung des Namens eine Unterschrift im Sinne des § 126 I ist.[5])

Es muß endlich eine Namensunterschrift vorliegen, d. h. es muß der Vor- und Zuname, mindestens aber letzterer niedergeschrieben werden, falls nicht, wie bei Verträgen unter nahen Verwandten oder bei Willenserklärungen des Monarchen, der Vorname allein genügt. Den eigentlichen bürgerlichen Namen ersetzt natürlich der nom de guerre des Künstlers oder Schriftstellers[6]) und wohl auch die Firma des Geschäftsmanns.

Datierung nach Ort und Zeit ist (im allgemeinen; vgl. aber § 2231 Nr. 2) entbehrlich, ebenso Siegelung und, für die Gültigkeit des Geschäfts wenigstens, Stempelung.

Eine telegraphische Mitteilung, selbst wenn die Urschrift mit vollem Namen unterschrieben ist, genügt nicht, weil die Urschrift beim Telegraphenamt bleibt und dem andern Teile garnicht zusteht. Wohl aber genügt ein Brief, wenn er eigenhändig unterschrieben

---

[1]) Vgl. zum nachstehenden auch Mot. I S. 184 f.

[2]) Der Beauftragte oder Bote darf nicht unterschreiben, der gesetzliche Vertreter und der Bevollmächtigte nur mit seinem eigenen Namen. Vgl. Lenel in v. Jherings Jahrbüchern Bd. 36 (1896) S. 25 Anm. 2.

[3]) Wohl auch nicht Herstellung mittels hektographischen Abklatsches, dagegen wohl Herstellung mittels einer „Schreib"maschine.

[4]) § 793 II gilt aber nicht für die in § 807 erwähnten Karten, Marken u. dergl. Vgl. aber HGB. 1897 § 181 Satz 1 für Aktien und Interimsscheine.

[5]) Vgl. Hellmann S. 76. — Die Mot. I S. 185, denen sich Tränkner S. 326 anschließt, meinen, es sei belanglos, „ob die Unterschrift zeitlich der Sonderschrift des Textes nachfolgt oder vorangeht".

[6]) Vgl. Heilfron S. 421.

Digitized by Google

ist. Wenigstens für rein einseitige Willenserklärungen, wie Kündigungen, Mahnungen.

Anders beim Vertrage. Denn dieser erheischt (§ 126 II) eine von beiden Parteien unterzeichnete Urkunde,[1]) und dies Requisit wird bei Briefen in der Regel ebensowenig vorliegen, wie das vom BGB. a. a. O. Satz 2 vorgesehene Surrogat, nämlich eine Aufnahme mehrerer gleichlautender Urkunden über den Vertrag und Unterschrift je eines Namens auf dem für den Gegenkontrahenten bestimmten Exemplar. Dies ist hervorzuheben, weil ALR. I, 5 § 142 zwischen Abwesenden die Korrespondenz genügen läßt.

Wenn es sich dagegen nicht um den Fall gesetzlich vorgeschriebener Schriftform handelt, sondern diese nur von den Interessenten verabredet wurde, so genügt im Zweifel nach § 127 Satz 2[2]) auch der Briefwechsel, um einen Vertrag formgültig zu stande zu bringen; bei allen Willenserklärungen, also auch bei den rein einseitigen, hat das Gesetz sodann im Interesse des Verkehrs Depeschenform zugelassen, wobei übrigens eigenhändige Unterschrift der Urschriften nicht als Erfordernis zu betrachten ist.[3]) Da Briefe und Telegramme immerhin, insbesondere für Nebenpunkte, eine recht unsichere Vertragsgrundlage bilden, so darf nachträglich jeder Kontrahent die Ausstellung einer formgerechten Urkunde beanspruchen.

Was diese Nebenpunkte betrifft, so hat sich das BGB. einer besonderen Bestimmung über sie enthalten.[4]) Daraus folgt, daß der Unterschied zwischen Haupt- und Nebenabreden, welcher der landrechtlichen[5]) Praxis so erhebliche Schwierigkeiten bereitet, beseitigt

[1]) Ausnahmsweise begnügt sich das BGB. mit dem schriftlichen Versprechen des einen Teils beim Leibrentenvertrag (§ 761), beim Bürgschaftsvertrag (§ 766 Satz 1), beim Schuldversprechen (§ 780) und beim Schuldanerkenntnis (§ 781 Satz 1), sowie bei Cession einer Hypothek oder Grundschuld (§ 1154 I Satz 1 und § 1192 I). — Gegenüber § 766, welcher von der Reichstagskommission eingefügt wurde, ist die Bemerkung von Eck S. 57 sub 1 natürlich nicht mehr zutreffend.

[2]) Er ist erst durch die Reichstagskommission eingeführt worden. Vgl. Reichstagskommissionsber. S. 1955 und Sitzungsprotokolle S. 2751, 3059.

[3]) Vgl. Planck S. 178 Anm. 1, Eck S. 58. Anderer Ansicht Heilfron S. 423 unten, Cosack S. 187 a. E.

[4]) Vgl. Mot. I S. 183 f.

[5]) Vgl. ALR. I, 5 §§ 127 ff. und auch Sächs. BGB. § 826.

Digitized by Google

ist und mithin bei allen beiden zunächst der Inhalt der Urkunde maßgebend sein muß; indessen darf jede Partei beweisen, daß dieser den Abreden nicht entspricht.[1]) Wird aber die Schriftform vom Gesetz beansprucht, so bleiben alle mündlichen Abreden, welche nicht in die Urkunde aufgenommen worden sind, unberücksichtigt, mögen sie sich auf essentialia oder auf accidentalia negotii beziehen.

Beurkundung des Vertrages durch Gericht oder[2]) Notar ist z. B.[3]) vorgeschrieben[4]) in § 313 Satz 1 für den auf Uebertragung von Grundeigentum gerichteten Vertrag, ferner in § 518 I Satz 1 für das Schenkungsversprechen. Im Interesse des Verkehrs dürfen nun zufolge § 128 die Kontrahenten getrennt vor Gericht oder Notar erscheinen.[5]) Übrigens kann hier nach EBGB. Art. 141 das Landesrecht die Kompetenz auf Gericht oder Notar beschränken. Eine solche Beurkundung des Vertrages durch Gericht oder Notar ist natürlich vom BGB. (§ 126 III) als vollgültiger Ersatz der gesetzlich verlangten Schriftform erklärt worden und ebenso als Ersatz der gesetzlich verlangten öffentlichen Beglaubigung (§ 129 II).

Als dritte Form nennt das BGB. nämlich in § 129 die öffentliche Beglaubigung. Während die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrages voraussetzt, daß die Willenserklärungen vor Gericht oder Notar abgegeben wurden, genügt hier

[1]) Vgl. Heilfron S. 418 Anm., Cosack S. 188, der aber das im Text Gesagte nur für die ganz freiwillig gewählte Schriftform annimmt, für die durch Rechtsgeschäft bestimmte dagegen — ebenso wie (vgl. im Text) für die gesetzlich vorgeschriebene Urkundsform — die unaufgezeichneten Nebenabreden als unverbindlich betrachtet. Endemann schweigt über diesen Punkt, hebt aber S. 426 Anm. sub e hervor, daß diejenige Partei, welche nunmehr die Nebenabrede außer Acht lassen will, vielleicht gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen würde.

[2]) Vgl. hierzu den sehr wichtigen Art. 141 des EBGB. und dazu Stammler, Weißler, Eck und Meisel in der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. II (1897) Nr. 22 und 23 S. 434 und 461, sowie Jahrg. III (1898) Nr. 1 und 2 S. 16 und 42.

[3]) Vgl. ferner §§ 81 II Satz 3, 311, 312 II, 873 II (877), 1491 II Satz 2, 1501 II Satz 2, 1516 II Satz 3, 1517 I Satz 2, 1730, 1748 III, 2033 I Satz 2, 2231 Nr. 1, 2238, 2282 III, 2291 II, 2296 II Satz 2, 2348, 2351, 2352 Satz 3, 2371, 2385 I.

[4]) Auch die Parteien können diese Form durch Vertragsabrede einführen; vgl. §§ 154 II.

[5]) Ausnahmen vgl. unten S. 241 Anm. 8.

Digitized by Google

die einfachere Form, daß die schriftlich abgefaßte Erklärung der Urkundsperson eingereicht und daß von dieser lediglich die Unterschrift bezw. das Handzeichen beglaubigt wird. — Beispiele für die gesetzliche Notwendigkeit dieser Form bieten außer § 126 I (oben S. 237) noch § 77 (Anmeldungen zum Vereinsregister), § 1560 (Anträge) auf Eintragung im Güterrechtsregister) und § 1945 I und II (Ausschlagung einer Erbschaft bezw. Vollmacht dazu).[1])

Die erörterten Vorschriften der §§ 125—129 erschöpfen nun selbstverständlich nicht alles dasjenige, was sich für das künftige Reichscivilrecht bezüglich der Form der Rechtshandlungen sagen läßt. Es sind hier vielmehr noch eine große Menge von Fragen und Gesetzesvorschriften zu berücksichtigen, über welche ich wenigstens einige Andeutungen geben will.

Im Gebiete des „Internationalen Privatrechts" ist für die Form der Rechtsgeschäfte (nach EBGB. Art. 11) im allgemeinen der „Sitz" des Rechtsgeschäfts maßgebend, doch genügt es, wenn die alte Vorschrift eingehalten ist: „locus regit actum".

Außer den drei vorher besprochenen und mit Beispielen[2]) belegten Hauptformen begegnen noch folgende Formen:

Errichtung eines Rechtsgeschäfts vor einer Behörde[3]) (Gericht,[4]) Grundbuchamt,[5]) Standesamt[6])) oder vor einem Notar[7]) und zwar teils unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien,[8])

[1]) Vgl. ferner §§ 371 Satz 2, 403 Satz 1, 411 Satz 1, 1035 (1372 I Satz 2, 1528 I Satz 2), 1154 I Satz 2, 1155, 1342 I, 1491 I Satz 2, 1560 Satz 2, 1561 III Nr. 2, 1577 III Satz 2, 1597 I, 1662 (1686), 1706, 1945 I und II Satz 2, 1955 (1484 II Satz 1), 2120, 2198 I Satz 2 (2199 III), 2215 II. Hierher gehört auch § 1563 Satz 2. Vgl. auch § 66 II Satz 2. Irrtümlich citiert Fischer-Henle S. 59 Anm. 1 auch §§ 1032, 1054.

[2]) Vgl. auch die Zusammenstellungen oben S. 237 Anm. 1, S. 239 Anm. 1, S. 240 Anm. 3.

[3]) Von der zuständigen Behörde, einem zuständigen Beamten oder einem Notar ist die Rede z. B. in § 1035 Satz 3 (und dazu §§ 1372 I Satz 2, 1528 I Satz 2), § 2121 III.

[4]) §§ 1434, 1750 II (1770), 2276 I Satz 1 (2290 IV), 2231 Nr. 1 (2254).

[5]) §§ 925 I, 1015 (vgl. aber auch EBGB. Art. 143). Vgl. auch § 1109 II Satz 2.

[6]) § 1317 I.

[7]) §§ 1035 Satz 3 (oben Anm. 3), 1434, 1750 II (1770), 2276 I Satz 1 (2290 IV), 2231 Nr. 1 (2254) (oben Anm. 4).

[8]) §§ 925 I, 1015, 1317 I, 1434, 1750 II (1770), 2276 I Satz 1 (2290 IV), oben Anm. 4, 5 und 6.

Digitized by Google

teils ohne dies Requisit;[1]) Bestätigung[2]) bezw. Genehmigung[3]) durch eine Behörde.

Bisweilen ist es für einen Rechtsakt erforderlich, daß eine öffentliche Bekanntmachung[4]) stattfindet; für Rechtsgeschäfte im engeren Sinne ist dies nur sehr selten der Fall.[5])

Ganz vereinzelt findet sich die im älteren Recht sehr wichtige Notwendigkeit der Zuziehung von Solemnitätszeugen;[6]) völlig unbekannt dagegen sind dem BGB. die symbolischen Handlungen,[7]) sowie die Wahl bestimmter Worte.[8])

Trotz der erwähnten, an Zahl nicht geringen Formvorschriften[9]) des BGB., deren legislatorische Berechtigung in dem Streben nach einem Schutze der Staatsbürger zu erblicken ist,[10]) steht das BGB. im großen und ganzen und namentlich für die Rechtsgeschäfte auf dem Standpunkte der Formfreiheit.[11]) Es teilt somit[12]) die Auffassung des gemeinen Rechts, des sächsischen Rechts und des Handelsrechts (denen es ja auch für einzelne besonders wichtige Fälle an Formvorschriften nicht fehlte) und hat sich dem von Formvorschriften sehr angefüllten Preußischen Landrecht nicht angeschlossen.

---

[1]) In allen S. 242 Anm. 8 nicht genannten Fällen der Anm. 4—7, also in den Fällen der §§ 1035 und 2231. Vgl. auch EBGB. Art. 143 II.

[2]) Vom zuständigen Gericht ist der Adoptionsvertrag und seine Aufhebung zu bestätigen: § 1741 Satz 2 und § 1770; vgl. §§ 1753 ff.

[3]) Sehr oft ist Genehmigung des Vormundschaftsgerichts notwendig; vgl. §§ 1809 ff., 1821 ff., 1643 ff. (unten S. 284 f.). Wegen staatlicher Genehmigung einer Stiftung inter vivos (§ 80) vgl. oben S. 169; etwas Aehnliches ist die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetriebe (§ 22, oben S. 163 f.).

[4]) Vgl. §§ 50 I, 66 I, 1237 Satz 1. — Oeffentliche Versteigerung begegnet in § 383 III, § 753 I und §§ 1235 ff.

[5]) § 657 (Auslobung). Vgl. § 171 und § 173 (Vollmacht).

[6]) § 1318 I und II (Eheschließung), sowie §§ 2233 ff. (Zuziehung von Zeugen — sowie Gerichtsschreiber und eventuell Dolmetscher — bei gerichtlicher oder notarieller Testamentserrichtung).

[7]) Vgl. Heilfron S. 419.

[8]) Auch die durch Personenstandsgesetz § 52 dem Standesbeamten vorgeschriebenen Worte kommen wegen Aufhebung dieses Paragraphen durch EBGB. Art. 46 Nr. I nicht mehr in Betracht.

[9]) Die Einführung besonderer Formen gestattet ferner § 793 II Satz 1.

[10]) Vgl. auch Hachenburg S. 14 f.

[11]) Dies Prinzip erhellt auch aus §§ 144 II, 167 II, 182 II, 497 I Satz 2, 505 I Satz 2.

[12]) Vgl. auch Denkschrift S. 36 f., Mot. I S. 178 ff.

Digitized by Google

Die Wirkung[1]) der Formmängel ist übrigens durchaus nicht immer die vorher (S. 236) erörterte der Nichtigkeit des Rechtsaktes. Bisweilen wird vielmehr der Mangel der Form durch spätere Vorgänge geheilt. Vgl. in dieser Hinsicht wegen der Verträge über Immobiliareigentum § 313 Satz 2, wegen des Schenkungsversprechens inter vivos § 518 II, wegen des Schenkungsversprechens mortis causa § 2301 II, wegen der Bürgschaft § 766 Satz 2.[2]) — Daß die Nichtbeachtung der Formvorschrift[3]) gar keine Rechtsfolgen zeigt, die Formvorschrift selbst sich also als lex imperfecta charakterisiert, ist freilich selten der Fall.[4]) Vgl. §§ 1316 Satz 1, 1318 I und III wegen des Aufgebotes, der Zuziehung von Zeugen und der Eintragung der Ehe ins Heiratsregister: alles Akte, die stattfinden „sollen". — Vereinzelt begegnet es, daß die Verabsäumung der Formvorschrift[5]) nur die Kündigung des Vertrages erleichtert; dies ist in § 566 (§ 581 II) wegen der Miete (und Pacht) von Grundstücken der Fall, wenn der auf länger als ein Jahr vereinbarte Vertrag nicht schriftlich geschlossen wurde. —

Mit den Formvorschriften des Gesetzes steht es in einem nur sehr losen Zusammenhange, daß unter Umständen Urkunden[6]) (verbriefte Forderungen) einen höheren Wert im Rechtsleben aufweisen, weil ihre Vorzeigung gewisse besonders günstige Folgen für einen Interessenten nach sich zieht. Vgl. § 405 und § 409 I Satz 2, sowie §§ 172, 174 ff. und auch § 111 Satz 2 (oben S. 217). — In einzelnen Fällen muß sogar eine Aushändigung der Urkunde erfolgen, um den in der Urkunde verbrieften Anspruch wirklich ins Leben zu rufen bezw. wirklich zu übertragen. Vgl. § 783 und § 792 I Satz 3 wegen der Anweisung und ihrer Übertragung; etwas

---

[1]) Vgl. auch Meisner, Krit. Bemerkungen S. 33 ff.

[2]) Vgl. auch § 1154 II.

[3]) Dispens von der Formvorschrift begegnet äußerst selten. Vgl. § 782.

[4]) Vgl. Heilfron S. 417.

[5]) In § 60 I (Zurückweisung der Eintragung eines Vereines wegen mangelhafter Anmeldung) ist es nicht der Verstoß gegen die Form, sondern der ungenügende Inhalt der Urkunde und ihrer Anlagen, wodurch der Rechtsnachteil herbeigeführt wird.

[6]) Ueber öffentliche Urkunden im besonderen vgl. z. B. §§ 1718 1720 II.

Digitized by Google

anders §§ 1116 f., 1154 I Satz 1 und 1192 I wegen der Hypothek und der Grundschuld und ihrer Cession.

§ 50. Die Perfektion der Willenserklärungen.

§§ 130 bis 132, von denen uns § 131 bereits bekannt ist (vgl. oben S. 220), sprechen von dem Augenblicke, in welchem eine Willenserklärung als wirksam erfolgt zu betrachten ist. Sie fassen aber nur die sog. empfangsbedürftigen Willenserklärungen (oben S. 223) ins Auge und ferner[1]) nur die Erklärungen unter Abwesenden und offenbar auch nur die ausdrücklichen Willenserklärungen, nicht auch die „stillschweigenden", welche sich aus „konkludenten" Handlungen erschließen lassen, wie z. B. das Aufstellen eines Automaten die Verkaufsofferte an das Publikum, das Einsteigen in die Pferdebahn den Abschluß des Beförderungsvertrages involviert.[2])

Betreffs des Zeitpunktes, in welchem unter Abwesenden eine empfangsbedürftige Erklärung als wirksam zu erachten ist, können bekanntlich vier verschiedene Möglichkeiten in Frage kommen, denen entsprechend vier verschiedene Theorien aufgestellt worden sind,[3]) welche sich am besten an dem Beispiele eines Briefes erläutern lassen. Nach der Äußerungs-, Erklärungs- oder Deklarationstheorie genügt die Abfassung des Briefes, nach der Übermittelungstheorie seine Absendung (seine Beförderung in den Postkasten), nach der Empfangstheorie das Eintreffen des Briefes, mag er auch in meinem Briefkasten ungelesen liegen bleiben; nach der Vernehmungstheorie (Rekognitions-, Agnitions-, Resciscionstheorie)[4]) endlich muß ich den Brief gelesen haben. Da ich nun durch chikanöse Verweigerung der Kenntnisnahme oder auch nur durch den Umstand, daß ich verreist oder erkrankt bin, demjenigen,

[1]) Wenigstens §§ 130 und 132 mit völliger Deutlichkeit, aber jedesfalls auch § 131.

[2]) Zu diesen Beispielen Endemann S. 266 im Text und Anm. 3.

[3]) Vgl. zum folgenden insbes. Mot. I S. 156, aber auch z. B. Endemann S. 277 ff., Heilfron S. 436 ff., Kuhlenbeck S. 350 ff.

[4]) Nicht Rescissionstheorie, wie bei Heilfron S. 436 gesagt ist. Grundwort ist rescisco = ich vernehme, nicht etwa rescindo = ich zerreiße.

Digitized by Google

welcher mir eine empfangsbedürftige Mitteilung machen (mir beispielsweise das Darlehen oder die Wohnung kündigen oder mich mahnen) will, in die größte Verlegenheit bringen könnte, durfte die Vernehmungstheorie dem Gesetzgeber nicht empfehlenswert erscheinen; ebensowenig aber die Äußerungstheorie oder die Übermittelungstheorie, nach welcher die Erklärung wirksam wäre, selbst wenn der Brief bei der Post verloren geht oder gar auf dem Schreibtische des Erklärenden liegen bleibt. Es entspricht also durchaus dem Verkehrsbedürfnisse, daß BGB. § 130 I Satz 1 der Empfangstheorie huldigt, wonach der Brief zwar bei mir abgegeben, nicht aber notwendigerweise auch von mir gelesen sein muß.

Doch macht das BGB.[1]) von dieser Empfangstheorie, die ja auch im Handelsrecht[2]) und im preußischen Privatrecht[3]) gilt, in § 130 II eine Ausnahme für den Fall, daß der Erklärende nach der Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. Im Augenblick der Erklärung muß er selbstverständlich die Geschäftsfähigkeit besitzen (§ 105 I; vgl. oben S. 215); aber da der Empfänger der Erklärung nicht wissen kann, ob inzwischen der Erklärende gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, so muß er sich auf die Erklärung verlassen dürfen; es ist also in dieser Richtung nicht der Augenblick des Empfanges, sondern der der Äußerung entscheidend.[4])

Selbstverständlich ist es, insbesondere auch vom Standpunkte der Empfangstheorie, daß die Erklärung gegenüber einer empfangsberechtigten Person abgegeben wird — dadurch motiviert sich die bereits (S. 244) erwähnte Vorschrift des § 131 — und daß sie nicht von einem Widerrufe eingeholt oder gar überholt wird (§ 130 I Satz 2).[5])

Im Interesse der Verkehrssicherheit ist eine Vorschrift, welche schon in der Mehrzahl der Ausführungsgesetze zur Civilprozeß-

[1]) Wegen der Verträge (und der Versteigerung) im besonderen (§§ 145 ff.) vgl. unten S. 262.

[2]) HGB. Art. 320; vgl. auch z. B. Gareis, Handelsrecht (5. Aufl., Berlin 1896) S. 451.

[3]) ALR. I, 5 §§ 103 ff. und dazu Förster-Eccius I § 77 (7. Aufl., 1896) S. 447, sowie Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. I § 107 (5. Aufl., 1894) S. 227 Anm. 19.

[4]) Vgl. Mot. I S. 159.

[5]) Sehr instruktive Beispiele bei Cosack S. 178 sub 2.

Digitized by Google

ordnung, insbesondere in dem preußischen[1]) enthalten war, durch § 132 I zum Reichsrecht erhoben worden: die Beteiligten dürfen die Willenserklärung durch Zuhilfenahme eines Gerichtsvollziehers zustellen lassen, und hierfür gelten dann im allgemeinen die Vorschriften der CPO. §§ 153 bis 178[2]) (nicht jedoch CPO. §§ 154, 160—164, 175, weil diese von Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers, an den Zustellungsbevollmächtigten, an den Prozeßbevollmächtigten und durch Aufgabe zur Post handeln). Sodann ist die weitere Ausspinnung eines im bayerischen Ausführungsgesetze zur Civilprozeßordnung[3]) enthaltenen Grundgedankens im BGB. § 132 II zu finden, wonach man sogar den Weg der öffentlichen Zustellung einer Ladung für Zustellung von Willenserklärungen einschlagen, also das Mittel des Aushanges an der Gerichtstafel und der öffentlichen Bekanntmachung in den für eine solche bestimmten Blättern (CPO. § 186 ff.)[4]) wählen darf, wenn der Aufenthalt des Adressaten unbekannt ist (z. B. der Hauswirt, dem ich vor dem 1. Januar die Kündigung auszusprechen habe, ist auf Reisen) oder wenn man die Person des Adressaten nicht kennt (z. B. weil ich nicht weiß, wer eigentlich die berechtigten Erben des soeben verstorbenen Hauswirten sind). Ob nun diese materiellen Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung in der That vorhanden sind, unterliegt der Prüfung des Amtsrichters, der nach näherer Maßgabe des § 132 II Satz 2 für Bewilligung der öffentlichen Zustellung kompetent ist.

Während sich § 130 und 132 auf Erklärungen unter Abwesenden beziehen, greift für Erklärungen unter Anwesenden einschließlich telephonischer Unterredungen selbstverständlich die Äußerungstheorie Platz (da man sich sofort erklären kann und muß), und ebenso betreffs der vom BGB. gleichfalls un-

[1]) Preußisches Ausführungsgesetz zur Civilprozeßordnung vom 24. März 1879 (Ges.Samml. S. 281 ff.) § 1 Abs. III. Ueber die andern Ausführungsgesetze vgl. Mot. I S. 160.

[2]) Vgl. auch Planck S. 185 Anm. 2. — Einige Abänderungen dieser Vorschriften sieht die Novelle zur CPO., Reichstagsvorlage Nr. 34—44, vor.

[3]) Bayerisches Gesetz vom 23. Februar 1879 Art. 17.

[4]) Vgl. dazu die Novelle, Reichstagsvorlage Nr. 47.

Digitized by Google

erwähnt gelassenen rein einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Erklärungen. Da nun bei diesen niemand vorhanden sein muß, folglich auch in den seltensten Fällen jemand vorhanden sein wird, der die Erklärung hört, so könnte deren Vorhandensein oft zweifelhaft werden; deshalb hat das BGB. gerade bei diesen einseitigen Erklärungen mit Vorliebe[1]) besondere Formvorschriften getroffen,[2]) von deren Einhaltung die Gültigkeit der Erklärung abhängt und durch welche zugleich der Beweis ihrer Existenz erleichtert wird.

Beispiele bilden das Testament (§§ 2231 ff.),[3]) die Auslobung (§ 657) und (vgl. oben S. 170) die Stiftung (§ 81 I),[4]) vor allem aber die vielen Fälle, in welchen das BGB. anordnet, daß die Erklärung einer Behörde gegenüber abzugeben sei. Deshalb ist auch die ausdrückliche Hervorhebung dieses Falles in § 130 III sehr richtig. Als Beispiele vgl. §§ 928 I, 976 I, 1945 I (1484 II Satz 1), 1196 II, § 1577 II Satz 3 und III Satz 2, § 1679 II.[5])

§ 51. Die Auslegung der Willenserklärungen.

§ 133, welcher von Auslegung der Willenserklärungen[6]) handelt und den wahren Willen dem buchstäblichen Wortlaute voranstellt, bedarf nicht der weiteren Erörterung, zumal er dem HGB. (Art. 278) nachgebildet ist. Auch im Vergleiche zu den eingehenden Vorschriften des ALR. I, 4 §§ 65 ff., welche inhaltlich ziemlich selbstverständlich sind, bietet er wenig Neues. Vom Richter werden also in Zukunft außer dem eigentlichen Wortlaute auch allerlei „Nebenumstände", wie[7]) „die Übung des Verkehrs, der Sprachgebrauch zur Zeit und am Orte der Abgabe der Willenserklärung bezw. am Wohnsitze des Erklärenden, der Gang der

[1]) Keine Formvorschrift enthält aber z. B. § 1598.

[2]) Vgl. Endemann S. 281 f., Heilfron S. 435, Hellmann S. 88.

[3]) Die Eheschließung (§ 1317) und die Auflassung (§ 925), welche Endemann S. 283 Anm. 4 heranzieht, eignen sich deshalb weniger zu Beispielen, weil hier der andere Teil (neben dem Standesbeamten bezw. Grundbuchamt) zugleich als Adressat der Erklärung erscheinen könnte.

[4]) Nicht § 81 II bezw. § 956, wie Endemann S. 282 Anm. 1 und S. 283 Anm. 3 sub a citiert.

[5]) Weitere Beispiele bieten §§ 873 II (875 I Satz 2), 1342 I, 1491 I Satz 2, 1492 I Satz 2, 2281 II Satz 1.

[6]) Vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1897 (wegen § 133 insbesondere S. 50 ff.).

[7]) Mot. I S. 155; vgl. auch Cosack S. 196.

Digitized by Google

Vorverhandlungen, der Zusammenhang mit anderen Verabredungen, der offensichtliche Zweck des Rechtsgeschäftes" zu beachten sein, und bei allen diesen Umständen wird dann wieder der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (CPO. § 259) zur Anwendung gelangen. — Ein Widerspruch zwischen der streng juristischen Bedeutung eines Wortes und dem von den Parteien verstandenen Sinn ist natürlich zu des letzteren Gunsten auszugleichen.[1])

Ergänzend treten neben § 133 noch einige andere Interpretationsregeln des BGB., so für Verträge im besondern der uns bereits bekannte (vgl. oben S. 78) § 157, welcher weit moderner und freier gedacht ist, als die ziemlich engherzigen Bestimmungen des ALR. I, 5 §§ 252 ff.; sodann für Fristen die §§ 186 ff. (vgl. insbesondere §§ 189 und 192), welche sich gleichfalls an handelsrechtliche und wechselrechtliche Vorgänge anlehnen;[2]) ferner für letztwillige Verfügungen §§ 2066—2076 (vgl. § 2091) und § 2084.

Diese Vorschriften besagen, was „im Zweifel" anzunehmen sei, und enthalten daher sog. Vermutungen und zwar widerlegbare Rechtsvermutungen, praesumptiones juris, wie sie gerade mit dieser Wendung auch sonst zahllos im BGB. eingeführt werden. Vgl. z. B. von den uns bereits bekannten Normen die oben S. 198 erwähnten §§ 314, 926 I Satz 2, 1062, 1096 Satz 2, 2164 I, wonach „Zubehör" im Zweifel als mitveräußert und mitvermacht gilt, ferner etwa § 113 IV (oben S. 220), §§ 154 I Satz 1 und II,[3]) 271 II, 336 II, 337 I, 1429 und 1618, 1625, 2087 II, 2164 II, 2304.

In anderen Stellen wird direkt der Ausdruck „Vermutung", „wird vermutet, daß" gewählt. Vgl. die uns bereits bekannten

[1]) Vgl. ein Beispiel oben S. 135 zu Anm. 2.

[2]) HGB. Art. 327 II, 328 II, WO. Art. 32 II.

[3]) Vgl. noch §§ 30 Satz 2, 125 Satz 2, 127 Satz 1, 141 II, 262, 315 I, 316, 317 I und II, 330, 331 I, 332, 455, 495 I Satz 2, 497 II, 514 Satz 2, 610, 658 II, 664 II, 685 II, 709 II, 714, 721 II, 722 II, 742, 759 I und II, 1025 Satz 1, 1109 I Satz 3, 1213 II, 1301 Satz 2, 2052, 2097 f., 2101 I Satz 1, 2102 II, 2110 I und II, 2137 II, 2148, 2151 III Satz 3, 2164 II, 2165 I, 2166 II, 2169 II, 2172 II Satz 1, 2173 Satz 1 und 2, 2181, 2182 I und II, 2209, Satz 2, 2269 Satz 1 und 2, 2270 II, 2277 I Satz 2, 2320 II. Vgl. auch § 127 I Satz 1.

Digitized by Google

Bestimmungen der §§ 16 II, 18 I, 19, 20 (oben S. 129 ff.), sowie etwa[1]) §§ 891 I und II, 938, 1006 I Satz 1, II und III, 1362 I und II,[5]) 1527, 1591 II,[2]) 2365.

Bisweilen werden widerlegbare Rechtsvermutungen auch durch die Wendung „gilt im Zweifel" oder lediglich durch das Wort „gilt" eingeführt.[3]) Doch ist der Ausdruck „gilt" sehr vorsichtig zu betrachten, da er oft nicht blos praesumptiones juris, sondern praesumptiones juris et de jure, unwiderlegbare Rechtsvermutungen schaffen will und somit den Richter auf Grund eines bestimmten Thatbestandes zu einem bestimmten Schlusse zwingt.[4]) Vgl. z. B. §§ 18 III, 2137 I (mit Abs. II!), 1191 I, 1592 I und II, 1600, 1717 II,[5]) § 108 II a. E. Ja auch sogenannte Fiktionen werden durch das Wort „gilt" eingeführt, d. h. Annahme eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Thatbestandes. So in § 49 II, § 162 I und II, § 1699 I, 1703,[6]) 1943, 2252 I.[7]) Besonders deutlich erhellt diese vielfache Funktion des Wortes „gilt"[8]) aus einem Vergleiche des § 1717 I Satz 1 (der eine unter

[1]) Ferner vgl. §§ 455, 484, 921, 1117 III, 1253 II Satz 1 und 2, 1720 II, 1964 II, 2009.

[2]) Diese beiden Paragraphen finden sich bei Hellmann S. 97 irrtümlich zweimal citiert.

[3]) Vgl. §§ 50 I a. E., 80 Satz 3, 113 IV, 121 I Satz 2, 132 I Satz 2, 516 II Satz 2, 892 I Satz 1, 1592 II Satz 2, 1717 I Satz 1, 1720, 2102 II, 2137 II, 2172 II Satz 1, 2182 II, 2277 I Satz 2. — Andere Wendungen wie: „ist anzunehmen, daß" vgl. in § 18 II (dazu aber § 1420, § 1494 II), §§ 2103, 2107.

[4]) Vgl. auch Hellmann S. 98.

[5]) Vgl. ferner § 1001 Satz 3, § 24, § 1943 a. E.

[6]) Vgl. ferner §§ 84, 149 Satz 2, 150 I und II, 416 I Satz 2, 643 Satz 2, 674, 729 (169), 1058, 1141 I Satz 2, 1148 Satz 1, 1187 Satz 2, 1248, 1263 II Satz 2, 1288 II, 1357 I Satz 2, 1559 Satz 2, 1951 II Satz 1, 1953 I und II, 1957 I, 1976, 2019 I, 2054 I Satz 1 und 2, 2095, 2143, 2159, 2172 I, 2175, 2202 III Satz 2, 2299 II Satz 1, 2306 I Satz 1, 2307 II Satz 2, 2331 I Satz 1 und 2, 2344 I und II, 2369 II Satz 1 und 2, 2370 I, EBGB. Art. 86 Satz 2.

[7]) Weitere Fälle von Fiktionen, bei denen der Gesetzgeber andere Wendungen gebraucht, vgl. in §§ 1405 (und dazu EBGB. Art. 36 I Abs. 3) 1704, 1705, 1733 III, 2087 I (vgl. dazu ebenda II), 1478 II Satz 1, 1586 Satz 2. Vgl. auch §§ 1712 II Satz 1, 1852 II Satz 2.

[8]) Wieder anders ist seine Bedeutung z. B. in §§ 95 I Satz 2, 127 I Satz 1, 155, 1596 II Satz 2, 1695 II Satz 2, 1960 I Satz 2, 2088 II, 2105 II, 2276 Satz 2, 2301 I Satz 2, 2313 II Satz 1; wieder anders in §§ 92 II, 96, 980 II Satz 2, EBGB. Art. 10 Satz 1.

Digitized by Google

den Voraussetzungen des Satz 2 widerlegbare Vermutung enthält) mit § 1717 II (der eine praesumptio juris et de jure bildet) oder auch des § 1949 I mit § 1949 II, § 2137 I mit 2137 II, EBGB. Art. 36 I Abs. 3 und BGB. § 1405 II. Sehr oft ist es — und das muß als Tadel gegen die Terminologie des BGB. hervorgehoben werden[1]) — äußerst schwierig, die Bedeutung des Begriffes „gilt" festzustellen, und hier kann uns nur der Umstand trösten, daß das praktische Resultat für die Fälle eines Zweifels zwischen unwiderlegbare Rechtsvermutung und Fiktion das Gleiche bleibt, während allerdings bei einem Zweifel zwischen jenen beiden Rechtsbegriffen und der bloßen praesumptio juris weitere Konsequenzen darin beruhen, daß letztere durch Gegenbeweis beseitigt werden kann.[2])

§ 52. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

§§ 134 ff.[3]) sprechen von den negativen Grenzen, welche den Rechtsgeschäften gesteckt sind. Rechtsgeschäfte dürfen nämlich weder gegen ein Verbot verstoßen (§§ 134—137) noch gegen die guten Sitten (§ 138), widrigenfalls das Recht ihnen den Effekt, die Wirksamkeit versagt und sie entweder für völlig nichtig erklärt (§§ 134, 138) oder doch für unwirksam gegenüber bestimmten Personen (§§ 135—137).

Was zunächst die verbotenen Geschäfte betrifft, so unterscheidet das BGB. mit dem bisherigen Recht zwischen gesetzlichen Verboten (§ 134) überhaupt und Veräußerungsverboten (§§ 135 bis 137) und innerhalb dieser zwischen gesetzlichen Veräußerungsverboten (§ 135), Veräußerungsverboten seitens einer Behörde (§ 136) und Veräußerungsverboten, die einer privaten Anordnung entspringen (§ 137). Rechtsgeschäfte, welche nur gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen, sind auch nur inter partes unwirksam; Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind

[1]) Vgl. oben S. 89.

[2]) Außer Hellmann a. a. O. (und Planck S. 21/22) äußert sich die bisherige Litteratur über den Sprachgebrauch des BGB. in der angedeuteten Richtung leider noch nicht.

[3]) Vgl. zum folgenden insbes. auch Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 86 (Freiburg i. Br. und Leipzig 1896) S. 51—154.

Digitized by Google

dagegen völlig nichtig: beidemale ist das Gesagte aber nur als Regel zu betrachten, von der es einige alsbald zu nennende Ausnahmen gibt.

So greift Nichtigkeit des gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts nur Platz, wenn, wie das BGB. selber sich ausdrückt, „sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Dies ist z. B.[1]) der Fall nach §§ 671 II (675, 2226 Satz 3) und 723 II, welche an die unzeitige Kündigung seitens eines Beauftragten oder seitens eines Gesellschafters nur die Pflicht zu Schadensersatz knüpfen und sich daher als „leges minus quam perfectae" im Sinne der gemeinrechtlichen Terminologie darstellen,[2]) während z. B. die Vorschriften der die Eheschließung betreffenden §§ 1311, 1313 I, 1314 f., 1303 sich als leges imperfectae darstellen, weil sie nicht einmal eine (civilrechtliche)[2]) Straffolge, geschweige denn die Konsequenz der Nichtigkeit nach sich ziehen, welche mit anderen Eheverboten (mit den in §§ 1323—1328 genannten) verknüpft ist.[3]) Für eine Gruppe sonstiger Ehehindernisse ist zwar eine Rechtsfolge vorgesehen worden, aber statt der Nichtigkeit die bloße Anfechtbarkeit (§§ 1330—1335). Ferner gibt es Rechtsgeschäfte, die eine Naturalobligation[4]) (ohne Klagbarkeit, aber auch ohne condictio indebiti) ins Leben rufen; vgl. § 656 I betreffs des Maklerlohns für Ehevermittelung, § 762 I betreffs des Spiels und der Wette. In anderen Fällen kann das an sich verbotene Rechtsgeschäft durch Einwilligung eines Interessenten wirksam gemacht werden: so nach § 458 I Satz 1 der vom mitbietenden Auktionator vorgenommene Ankauf des Versteigerungsobjektes.[5])

[1]) Vgl. zu diesen und anderen Beispielen insbes. Hellmann S. 129 und Endemann S. 38 ff.

[2]) Sofern man unter die Worte „poenam injungit ei, qui contra legem fecit" in Ulp. Fragm. tit. 1 § 2 auch die rein civilrechtliche Strafe begreifen darf.

[3]) Dies ist ferner der Fall bei den „Soll-Vorschriften" z. B. in § 1781 ff. (§§ 1792 IV, 1826, 1897, 1915 I, 1694 I), 1318, 2237; vgl. auch Endemann S. 39 Anm. 4.

[4]) Die Mot. II S. 106 leugnen freilich (trotz §§ 664 f. der I. Lesung), daß das BGB. Naturalobligationen kenne.

[5]) Vgl. wegen verbotswidriger Rechtsgeschäfte ferner BGB. §§ 309 und 819 II (unten S. 253), sowie § 2171.

Digitized by Google

Als Verbotsgesetze mit der prinzipiellen Folge der Nichtigkeit sind selbstverständlich nicht nur die zahlreichen ausdrücklichen oder zwischen den Gesetzesbuchstaben herauszulesenden derartigen Normen des BGB. selber[1]) zu betrachten, sondern auch etwaige sonstige Verbote in Reichsgesetzen oder in unberührt gebliebenen Landesgesetzen. So z. B. das im neuen Handelsgesetzbuche enthaltene Verbot der Konkurrenzklausel,[2]) welches durch das Einführungsgesetz[3]) auch auf die Angestellten der gewerblichen Unternehmer ausgedehnt worden ist; ferner aus dem älteren Gewerberecht das Verbot des sog. Truckſystems;[4]) dann z. B. aus den Reichsversicherungsgesetzen das Verbot gewisser Abreden zwischen Arbeitgeber und -nehmer über Beschränkungen oder Ausschließungen der gesetzlichen Bestimmungen zu Ungunsten der Arbeiter und über Abwälzung der Beitragspflicht auf die Arbeiter[5]) und ferner das Verbot der Verpfändung und der Abtretung, nach Krankenversicherungsrecht auch die Beschränkung einer Kompensation der Unterstützungsansprüche der Arbeiter.[6]) Aus dem Partikularrrecht diene als Beispiel das Verbot eines Vertrages zwischen einem Gesindemakler und einem Dienstboten, wonach letzterer veranlaßt werden soll, seinen bisherigen Dienst zu verlassen.[7])

[1]) Vgl. noch BGB. §§ 225 Satz 1 (Ausnahmen in §§ 477 I Satz 2, 638 II), 248 I, 276 II (Ausnahme in § 278 Satz 2), 310, 312 I, 394 Satz 1 (EBGB. Art. 81), 399 f., 419 III, 619, 701 III, 717 Satz 1, 723 III, 795 III, 925 II, 1014, 1023 II, 1110, 1136, 1153 II, 1229, 1250 I Satz 2, 1274 II, 1442 II (1497 II), 2040 I und II. Hierzu und über weitere Beispiele Mot. I S. 210/211, unten S. 254, sowie Hellmann S. 74, 129 und Endemann S. 318 Anm. 5.

[2]) Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219) § 74; dort Abs. III übrigens direkte Anordnung der Nichtigkeit, falls der Handlungsgehilfe bei Abschluß der Vereinbarung minderjährig ist. Vgl. auch Heilfron S. 445 Anm. 2.

[3]) Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 437) Art. 9 Nr. II (Abs. II).

[4]) Gewerbeordnung in der Fassung vom 1. Juni 1891 (RGBl. S. 261) §§ 115 ff.

[5]) Vgl. die Zusammenstellung in meinem Lehrbuche des Reichsversicherungsrechts § 171 S. 975 sub d und im einzelnen Krankenversicherungsgesetz § 80, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz § 147 I.

[6]) Vgl. mein Lehrbuch a. a. O. und im einzelnen Krankenversicherungsgesetz § 56 II, Unfallversicherungsgesetz § 68, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz § 40.

[7]) Vgl. Preußische Gesindeordnung vom 8. November 1810 (Ges.Samml. S. 101) § 16.

Digitized by Google

Ob das betreffende Gesetz eine Strafsanktion enthält,[1]) ist für die civilrechtliche Nichtigkeit gleichgiltig oder doch keineswegs unbedingt beweisend[2]) und nur von indirekter Beweiskraft, wenn sich die materielle Rechtswidrigkeit (das civilrechtliche Verbot) aus der ganzen Tendenz der Strafrechtsnorm entnehmen läßt:[3]) das ist z. B. betreffs des verbotenen Spiels in auswärtigen Lotterien oder des Verkaufes während der Sonntagsruhe durchaus nicht der Fall,[4]) wohl aber betreffs etwaiger Willenserklärungen, die sich gegen die Grundprinzipien der persönlichen Freiheit und der Gewissensfreiheit richten würden.[5]) — Daß übrigens der preußische Fiskus sein Kondiktionsrecht aus unerlaubten Verträgen verloren hat, wissen wir bereits (oben S. 178).

Nichtig sind selbstverständlich auch alle in fraudem legis erfolgenden Umgehungen eines gesetzlichen Verbotes.[6])

Sekundäre Folgen der Nichtigkeit sind: eine verschärfte Herausgabepflicht betreffs der empfangenen Leistung (817 Satz 1, § 819 II) und bei verbotswidrigen Verträgen im besonderen die Pflicht zum Ersatze des negativen Vertragsinteresses (§ 309 in Verbindung mit § 307).

Bei Rechtsgeschäften, welche gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot[7]) verstoßen, ist jedoch zu unterscheiden, ob dies Verbot im allgemeinen öffentlichen Interesse ergangen ist oder lediglich zum Schutze einzelner Individuen. Im letztgenannten Falle tritt die Unwirksamkeit nämlich nur zu Gunsten dieser Schutzbefohlenen des Gesetzes ein. So sind z. B. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens vornimmt, nur den Konkursgläubigern gegenüber nichtig (wie die Konkurs-

---

[1]) Wie die Preußische Gesinde-Ordnung in § 17, das Krankenversicherungsgesetz § 82, das Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz § 147 II.

[2]) Vgl. Endemann S. 39 f.

[3]) Vgl. außer Endemann a. a. O. auch Heilfron S. 446 Anm.

[4]) Endemann S. 40 Anm. 6, Heilfron S. 444 Anm.

[5]) Heilfron S. 446 Anm., Planck S. 190 sub 2.

[6]) Vgl. Kommissionsprot. S. 123, Endemann S. 40/41.

[7]) Von den Veräußerungsverboten und ihren Wirkungen handeln auch § 888 II und § 892 I Satz 2.

Digitized by Google

ordnung § 6 I[1]) ausdrücklich sagt), und[2]) gegenüber der Gerichtskasse wären Dispositionen über Vermögensstücke eines Angeklagten nichtig, dessen Vermögen beschlagnahmt worden ist, weil es sich um Verletzung der Wehrpflicht oder um das Verfahren gegen einen Abwesenden handelt, dessen Missethat nur mit Geldstrafe oder Einziehung bedroht ist;[3]) denn hier besteht der Zweck der Beschlagnahme und des in ihr liegenden Veräußerungsverbotes lediglich darin, dem Justizfiskus den Ersatz der Kosten des Verfahrens und die Deckung der möglichenfalls zu verhängenden Geldstrafe zu sichern. Wird die Beschlagnahme dagegen vorgenommen wegen Hochverrats oder gegen einen Abwesenden, dessen Missethat mit Freiheitsstrafe bedroht ist,[4]) so erklärt sie sich aus Gründen des öffentlichen Interesses, und eine Disposition über diese beschlagnahmten Gegenstände ist deshalb gänzlich nichtig. — Das BGB. selber bietet Beispiele für Veräußerungsverbote der letzten Art überall da, wo es die Abtretung von Forderungen untersagt[5]) und die Ansprüche für unübertragbar erklärt (so[6]) in §§ 400,[7]) 514 Satz 1, 717 Satz 1, 719 I, 847 I Satz 2, 1059 Satz 1, 1092 Satz 1, 1408, 1658 I und II). Weitere reichsrechtliche Veräußerungsverbote[8]) sind z. B. im Viehseuchengesetz und im Gesetz betr. Maßnahmen gegen die Rinderpest enthalten (vgl. oben S. 210).

Beispiele zu § 136 sind z. B. einstweilige Verfügungen des Prozeßrichters mit dem Inhalt eines Veräußerungsverbotes;[9]) ferner das bei Pfändung einer Geldforderung im besonderen an den Drittschuldner ergehende gerichtliche Zahlungsverbot;[10]) das Ver-

[1]) Vgl. dazu die geplante Novelle, Reichstagsvorlage Nr. 5.

[2]) Zu diesen Beispielen Mot. I S. 212, sowie Planck S. 186 Anm. 1, Heilfron S. 447.

[3]) Strafgesetzbuch § 140 III, Strafprozeßordnung §§ 325 f. (insbes. § 326 II), 480 a. E.

[4]) Strafgesetzbuch § 93, Strafprozeßordnung §§ 332 ff. (insbes. § 334 I), 480 a. A.

[5]) Vgl. oben S. 252 Anm. 6 wegen der Reichsversicherungsgesetze.

[6]) Vgl. ferner BGB. § 1074 Satz 3.

[7]) Dazu vgl. CPO. §§ 714 f. und Reichstagsvorlage Nr. 198 §§ 714, 715, 715a und b.

[8]) Unbekannt ist dem BGB. die gemeinrechtliche Unveräußerlichkeit der res litigiosae und der Kirchengrundstücke. Ueber res extra commercium vgl. oben S. 209 f.

[9]) Dazu vgl. CPO. §§ 814 ff.

[10]) Ebenda § 730.

Digitized by Google

äußerungsverbot, zu welchem der Konkursrichter befugt ist,[1]) und der Sperrvermerk im Grundbuche nach Anordnung der Zwangsversteigerung.[2])

Ein blos rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot, mag es durch Disposition inter vivos oder mortis causa eingeführt sein, hat höchstens Bedeutung unter den Parteien,[3]) also nur obligatorische Wirkung[4]) (§ 137 Satz 2), nicht aber (§ 137 Satz 1) Wirkung Dritten gegenüber (was insbesondere wegen des entgegengesetzten Standpunktes des ALR. I, 4 §§ 15 ff. hervorgehoben werden muß); Dritte sind also an ein derartiges rein privates Veräußerungsverbot nicht gebunden, selbst wenn es ihnen bekannt ist, während es gegenüber einem gesetzlichen oder behördlichen Veräußerungsverbote für den durch § 135 II sanktionierten Schutz dritter Erwerber auf den guten Glauben, und bei Immobilien insbesondere auf die Eintragung im Grundbuche ankommt.[5])

Den Begriff der „guten Sitten" in § 138 I definiert der Gesetzgeber nicht; nur ein Musterbeispiel enthält Abs. II, welcher mit ähnlichem Wortlaute wie die bisherige Gesetzgebung[6]) die wucherlichen Geschäfte für nichtig erklärt.[7]) Die gute Sitte, welche durchaus verschieden ist von der bereits in der Einleitung (oben S. 77 ff.) erörterten Verkehrssitte[8]), findet sich beispielsweise noch in dem uns bereits bekannten § 817 Satz 1 und 819 II (oben S. 253) erwähnt,[9]) ferner aber in § 826 und im EBGB. Art. 30; die

[1]) Konkursordnung § 98 I Satz 3 (und dazu Reichstagsvorlage Nr. 28).

[2]) Vgl. jetzt das Reichsgesetz vom 24. März 1897 (oben S. 43) §§ 19 ff.

[3]) Und auch hier nicht, wenn diese Abrede verboten und nichtig ist, wie nach § 1136.

[4]) Darüber, ob man hier von „relativer Nichtigkeit" sprechen darf, vgl. Endemann S. 318 Anm. 4, Heilfron S. 452 Anm. 3.

[5]) Vgl. BGB. §§ 892 ff., 932 ff., 926 II u. s. w., sowie EBGB. Art. 168.

[6]) Vgl. oben S. 38 zu Anm. 3, dort auch wegen EBGB. Art. 47.

[7]) Zu BGB. § 138 II vgl. insbes. auch Hellmann S. 128 und Endemann S. 320 oben, sowie Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 41 (1897) S. 784 ff.; zu § 138 überhaupt Lotmar, Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht, Leipzig 1896 (namentlich S. 64 ff.).

[8]) Eine spezielle Nuancierung bietet sodann der „unsittliche Lebenswandel" in § 2333 Nr. 5 (§ 1621 II) und das „unsittliche Verhalten" in § 1568, sowie das „sittliche Verschulden" in § 1611 I. Vgl. meine oben S. 89 Anm. 7 citierte Abhandlung S. 166 f.

[9]) Während §§ 309 und 2171 (oben S. 251 Anm. 5) nur der Zu-

Digitized by Google

Moralwidrigkeit ist auch der innere Grund für die Spezialvorschriften in §§ 311, 312 I, 656.[1]) Im übrigen wird es Sache des richterlichen Ermessens sein, festzustellen, ob ein Rechtsgeschäft moralwidrig sei, und diese Frage kann sich je nach den begleitenden Nebenumständen bei im allgemeinen gleichem Thatbestande bald bejahen, bald verneinen lassen; jedesfalls sind hier am allerwenigsten die Musterbeispiele des römischen Rechts[2]) auch für die Gegenwart maßgebend, da ja die Moralanschauungen für jedes Volk und für jede Zeit andere sind. Ein Rechtsgeschäft, das zwar strafbar, aber nicht civilrechtlich verboten ist[3]) (vgl. oben S. 253), kann dennoch nichtig sein, weil es gegen die guten Sitten verstößt, und endlich werden viele Rechtsfälle sowohl unter § 138 I wie unter § 134 zu subsumieren sein, z. B. Verstöße gegen die persönliche Freiheit und gegen die Gewissensfreiheit (oben S. 253).

Gleichfalls dem richterlichen Ermessen, das im BGB. überhaupt eine sehr bedeutende Rolle erhalten hat, ist es nach § 139 anheimgegeben, zu beurteilen, ob bei bloßer Nichtigkeit eines Teiles des Rechtsgeschäfts (z. B. der Konkurrenzklausel, oben S. 252) das Geschäft im übrigen aufrecht erhalten werden und der Grundsatz angewendet werden darf: „utile non debet per inutile vitiari“[4]), mit anderen Worten: ob der nichtige Teil lediglich pro non scripto zu gelten hat, weil sich annehmen läßt, daß die Kontrahenten das Geschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätten. Ebenso hat der Richter gemäß § 140 zu beurteilen, ob ein anderes Geschäft, welches implicite in dem an sich nichtigen Geschäfte steckt, als vorhanden betrachtet werden darf, weil die Interessenten

---

widerhandlungen gegen gesetzliche Verbote gedenken.

[1]) Vgl. auch noch etwa §§ 476, 540, 637 und Hellmann S. 129.

[2]) Z. B. die Anschauung, daß ein Vertrag contra bonos mores verstoße, durch den man sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung nicht zu widerrufen. — Vgl. auch Lotmar S. 82 ff., Heilfron S. 450 Anm. 5. — Insbesondere über Spiel, Wette und Differenzgeschäft (BGB. §§ 762 ff.) haben die Anschauungen oft gewechselt. Wegen des Ehemäklerlohns vgl. BGB. § 656.

[3]) Ein Beispiel wäre vielleicht ein Vertrag mit einer Kupplerin (Strafgesetzbuch § 180), welcher etwa gar deren Tochter oder Mündel (ebenda § 181 Nr. 2) betrifft.

[4]) c. 37 in VI^to de reg. jur. 5, 12.

Digitized by Google

eventuell wenigstens dieses Geschäft gewollt haben würden, wenn sie den Nichtigkeitsgrund (z. B. den Formmangel, § 125 Satz 1) gekannt hätten. Eine derartige „Konversion" kann ferner z. B.[1]) eintreten, wenn eine Person zwischen 16 und 21 Jahren einen Erbvertrag schloß, der als solcher wegen der Minderjährigkeit der Person unwirksam ist (§ 2275 I), aber immerhin als Testament (§ 2229 II) aufrecht erhalten werden könnte.[2])

Das Gesetz selber bietet einen Anwendungsfall der in § 139 enthaltenen Regel in § 2298 I und III für den Erbvertrag; dagegen ist für testamentarische Verfügungen in § 2085 durch Umstellung der Negation die Regel in ihr Gegenteil verkehrt und somit zugleich die Beweislast anders gestaltet.

Nicht nur vom Richter kann in der angedeuteten Weise die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes ausgehen, sondern auch von den Interessenten. Das lediglich anfechtbare Geschäft bleibt nämlich gültig, wenn es nicht angefochten wird,[3]) und sowohl das blos anfechtbare wie das völlig nichtige Geschäft kann durch nachträgliche Bestätigung Gültigkeit erhalten. Während aber bei Vorhandensein eines Anfechtungsgrundes (Irrtum, unrichtige Übermittelung, arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung: §§ 119 f., 123, oben S. 229 ff.) natürlich die Bestätigung seitens der anfechtungsberechtigten Person genügt (§ 144 I) und es für diese Erklärung keiner besonderen Förmlichkeit bedarf (§ 144 II),[4]) so muß bei nichtigen

[1]) Vgl. zu diesem Beispiel Mot. I S. 218 und Cosack S. 155.

[2]) Einen anderen Anwendungsfall bildet, da ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag im besonderen nichtig ist (§ 306), BGB. § 265, wonach bei alternativer Verpflichtung im Falle der Unmöglichkeit der einen der Leistungen das Schuldverhältnis sich auf die übrige(n) Leistung(en) beschränkt; doch kommt es hier nicht auf die in § 139 a. E. angedeutete Intention der Interessenten an. § 265 cit. nimmt einen andern Standpunkt ein als ALR. I, 11 § 33 (bei alternativem Kaufobjekt).

[3]) Ex officio darf also der Richter die Anfechtbarkeit nicht berücksichtigen (vgl. Heilfron S. 459), wohl aber muß es ihm genügen, wenn sie mittels Einrede geltend gemacht wird; hierfür und für die selbständige Anfechtungsklage besteht im allgemeinen keine Frist; Ausnahmen vgl. aber in §§ 121 und 124 (nicht 123, wie Heilfron S. 460 citiert), oben S. 229 f., 234, sowie in § 1339.

[4]) Doch muß in gewissen Fällen, auf welche Hellmann S. 145 aufmerksam macht, die Bestätigung vom

Digitized by Google

Rechtsgeschäften, weil diese eben einstweilen für das Rechtsleben garnicht zur Existenz gekommen sind und nur als „Totgeburten“[1]) erscheinen, die Bestätigung sich als erneute Vornahme charakterisieren (§ 141 I), d. h. die Bestätigung muß in der für das genannte Geschäft selber vorgeschriebenen Form erfolgen (§ 125),[2]) muß die etwaigen sonstigen Nichtigkeitsgründe (Simulation, Scherz, Gesetz- und Moralwidrigkeit, §§ 117 I, 118, 134 ff., 138) vermeiden (bezw. den nichtigen, aber von den Parteien bisher als wesentlich betrachteten Bestandteil, § 139, nunmehr ausmerzen) und muß, wenn es sich um zweiseitige Erklärungen handelt, von beiden Teilen wiederholt werden. Alsdann freilich äußert diese Bestätigung inter partes im Zweifel rückwirkende Kraft (§ 141 II)[3].)

Der § 143[4]) enthält sehr selbstverständliche und der Interpretation kaum bedürftige Vorschriften über die Anfechtung im besonderen, und zwar darüber, wie sie erfolgen muß (§ 143 I) und wer als Anfechtungsgegner in Betracht kommt (§ 143 II—IV), wobei zwischen Verträgen (§ 143 II) und einseitigen Rechtsgeschäften,

---

Anfechtungsberechtigten persönlich, nicht etwa durch einen Vertreter vorgenommen werden. Vgl. BGB. § 1731 (mit § 1728 I), § 2284 Satz 1.

[1]) Endemann S. 320.

[2]) Eine Ausnahme sieht § 1325 II Satz 2 zu Gunsten der Ehe vor, wenn der Nichtigkeitsgrund der Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistesthätigkeit fortgefallen war.

[3]) Etwas anderes ALR. I, 5 §§ 37 f., 192, I, 3 §§ 43 f.

[4]) Wegen dieser verschiedenen Behandlung, welche das Gesetz der Bestätigung anfechtbarer Geschäfte einerseits und der Bestätigung nichtiger Geschäfte andererseits angedeihen läßt, ist auch die Wirkung der thatsächlichen Erfüllung des Geschäfts eine verschiedene. Zunächst kann die Erfüllung als Bestätigung nur gelten, wenn sie in Kenntnis der Unwirksamkeit des Geschäftes erfolgte, und zwar bei Verträgen in Kenntnis auf seiten beider Parteien. Doch während diese Kenntnis und die wirkliche Erfüllung bei bloßer Anfechtbarkeit zwar erforderlich, aber auch genügend ist, greift dies bei der Nichtigkeit wegen der strikten Vorschrift des § 141 I nur betreffs der von Formerfordernissen unabhängigen Geschäfte Platz, wogegen die Erfüllung als solche bei Formalgeschäften ebensowenig genügt, wie bei den wegen Verbotswidrigkeit und Moralwidrigkeit mit dauernder Nichtigkeit bedrohten Geschäften (Cosack S. 155). — Doch sieht das BGB. bei einzelnen Formalgeschäften Ausnahmen von dieser strengen Regel vor: so beim Schenkungsversprechen (§ 518 II) und beim Vertrage über Immobiliareigentum (§ 313 Satz 2, vgl. oben S. 243). Ueber zwei andere wichtige Fälle der „Konvaleszenz“ (§§ 185 II Satz 1 und § 1324 II) vgl. Heilfron S. 458.

Digitized by Google

und bei diesen wiederum zwischen „empfangsbedürftigen" (§ 143 III; vgl. oben S. 223, 243) und sonstigen Geschäften (§ 143 IV) unterschieden wird. — Beispiele für die in § 143 III Satz 2 gedachten Fälle[1]) bieten:[2]) die Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke (§ 875 I Satz 2; vgl. § 876 Satz 3); die Zustimmung des Grundstückseigentümers bei Prioritätseinräumungen zu Ungunsten einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld (§ 880 II Satz 3) und bei rechtsgeschäftlicher Aufhebung der Hypothek oder Grundschuld (§ 1183 Satz 2, dazu § 1192 I); der Verzicht des Hypothekengläubigers auf seine Hypothek (§ 1168 II Satz 1); die Einwilligung des unehelichen Kindes bezw. seiner Mutter in die Ehelichkeitserklärung (§ 1726 II) und die Einwilligung des Ehegatten in eine vom anderen Teile geplante Adoption bezw. die Einwilligung des Ehegatten oder der Eltern in die datio in adoptionem des anderen Ehegatten bezw. des minderjährigen Kindes (§ 1748 I). — Beispiele für die in § 143 IV Satz 2 gedachten Fälle haben wir bereits bei Betrachtung des § 130 III (oben S. 247) angetroffen. Eine verbindende Brücke zwischen beiden Begriffen „anfechtbar" und „nichtig" schlägt § 142, welcher für den Fall, daß vom Anfechtungsrecht erfolgreich Gebrauch gemacht wird, nachträglich die Wirkungen der Nichtigkeit eintreten läßt (§ 142 I), insbesondere auch zu Ungunsten desjenigen, welchem der Anfechtungsgrund (z. B. Irrtum) bekannt oder lediglich aus Fahrlässigkeit unbekannt war (§ 142 II).[3])

Neben den Ausdrücken „nichtig" und „anfechtbar" treffen wir im Gesetz aber auch sehr oft den Ausdruck „unwirksam"[4]) (bezw. „wirksam", „Wirksamkeit", „Unwirksamkeit"). Dieser Ausdruck will besagen, daß das Geschäft nicht gültig sei, und deckt sich darum zumeist[5]) mit dem Ausdrucke „nichtig" (so in §§ 111 Satz 1

[1]) Vgl. Planck S. 194 sub 3.
[2]) Vgl. ferner § 1180 II Satz 1.
[3]) Zu diesem Paragraphen vgl. genauere Ausführungen und Beispiele bei Planck S. 193 Anm. 5.
[4]) Hierüber finden sich Erörterungen bei Hellmann S. 113 f., 118 ff., Cosack S. 151 ff., Eck S. 39 ff., Endemann S. 43 Anm. 6, S. 316 Anm., Jacobi im Archiv für civilistische Praxis Bd. 86, 1896, S. 51 bis 154. Zur II. Lesung Bekker S. 42 ff.
[5]) Dafür, daß „unwirksam" auch auf bloße Anfechtbarkeit deutet (Eck S. 42 und Endemann S. 316 Anm.), habe ich kein Beispiel gefunden.

Digitized by Google

und 2, 135 I Satz 1 — relative Nichtigkeit —, 2298 I),[1]) wird aber auch in einer Reihe von Fällen verwertet, in denen das Geschäft nur einstweilen ungültig ist, später aber Gültigkeit erlangen kann (so in §§ 108 I, 130 I Satz 1, 131 I und II Satz 1)[2]) oder in denen es umgekehrt seine Gültigkeit später verliert (so in §§ 108 II Satz 1, 177 II Satz 1).[3])

Müssen wir somit in diesem Punkte die Terminologie des Gesetzes als eine wenig feste bezeichnen, so ist dies noch mehr der Fall betreffs einer anderen Gruppe von Ausdrücken, welche insofern hierher gehören, als sie sehr oft, aber leider eben nicht stets, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes andeuten. Es sind dies die schon einmal (oben S. 89) flüchtig erwähnten Ausdrücke „kann" (bezw. „kann nicht"), „darf" (bezw. „darf nicht") und „soll" (bezw. „soll nicht").[4])

Während nämlich „kann" und „darf"[6]) besagen, daß etwas zulässig sei,[5]) so deutet zwar die negative Wendung „kann nicht", „darf nicht" (bezw. die Wendung „kann nur", „darf nur") im allgemeinen an, daß etwas unzulässig sei; die Tragweite dieser Unzulässigkeit ist aber eine verschiedene: denn bald ist damit eine Unwirksamkeit des Aktes verbunden,[7]) bald eine bloße Pflicht zum

---

[1]) Vgl. ferner §§ 110, 130 I Satz 2, 161 I Satz 1, 177 I, 182 I und III, 185 I, 458 Satz 1, 883 II Satz 1, 888 I, 925 II, 1124 I Satz 1, 1125, 1160 II, 1253 I Satz 2, 1283 II, 1398, 1400 I, 1950 Satz 2, 2077 I—III, 2085, 2086, 2101 I Satz 2, 2113, 2115 Satz 1 und 2, 2160, 2169 I, 2195, 2201, 2268 I, 2289 I Satz 2, 2338 II Satz 2, EVGB. Art. 22 II, 168, 179.

[2]) Vgl. auch §§ 185 II Satz 1 und 2, 2129 II Satz 2.

[3]) Vgl. ferner §§ 1396 II Satz 1, 1448 II Satz 1, 2044 II Satz 1, 2109 I, 2162 I und II, 2210 Satz 1, 2337 Satz 2, 2339 II. Vgl. auch §§ 1959 II und III, 2161 Satz 1, 2268 II.

[4]) Zu dieser Frage sehr eingehend Planck S. 24 ff. — Vgl. auch Endemann S. 36, S. 43 Anm. 6.

[5]) „Darf" in einem andern Sinne in § 147 II a. E. („erwarten darf"), §§ 665 Satz 1, 1979 („annehmen darf"), §§ 670, 970, 1390 („für erforderlich halten darf"). — „Kann" in einem anderen Sinne (= thatsächlich in der Lage ist) z. B. in § 671 II Satz 1.

[6]) „Kann" z. B. in §§ 491 Satz 2, 109 I Satz 2, 113 II, 244 I, 303 Satz 1, 561 II Satz 1, 575 Satz 1, 626, 671 I, 712 II, 1245 I Satz 1, 1308 I Satz 1, 1316 III, 1331 ff., 1376, 1745 I, 1786 I, 2018, 2226 Satz 1, 2333 ff. „Darf" z. B. in §§ 491 Satz 3, 374 II Satz 2, 561 I, 859 I—III, 1316 II, 1318 II Satz 2, 1377 III Satz 1.

[7]) „Kann nicht" in §§ 8, 35, 38 Satz 2, 109 II, 1307 Satz 1, 1742, 1780, 1865, 1950 Satz 1, 2234 ff.; „darf nicht" in §§ 230 I, sowie in §§ 1309, 1310, 1312 I (und dazu §§ 1326 ff.) — „Kann" bezw. „darf nur" in §§ 52 II,

Digitized by Google

Schadensersatze,[1]) bald ist auch diese nicht einmal gegeben.[2]) Letzteres ist auch der Fall, wenn etwas nicht geschehen „soll"; denn ebenso wie das „soll" lediglich eine instruktionelle Vorschrift bietet,[3]) also nicht absolut verpflichtend ist, hat die Verletzung des „soll nicht" keine schädliche Folge.[4]) Einen Gegensatz zum „soll"[5]) bildet darum das „muß", welches — ebenso wie die Wendungen, wonach etwas zu thun „ist"[6]) oder jemand etwas zu thun „hat"[7]) — eine zwingende Norm aufstellt,[8]) so daß die Übertretung dieser Vorschrift Unwirksamkeit nach sich ziehen würde. Leider ist indessen auch dieses „muß" nicht stets konsequent im angedeuteten Sinne verwertet worden.[9])

Der Sprachgebrauch des Gesetzgebers[10]) ist also auch betreffs der erwähnten Wendungen so unsicher nnd unzuverlässig, daß man in der That jeden der zahlreichen Anwendungsfälle aufs genaueste studieren und aus sich selbst heraus deuten muß. Das wird der Theorie und Praxis arge Kopfschmerzen bereiten, und der deutsche Jurist des 20. Jahrhunderts wird sich oft des Rückertschen Spruches erinnern:

Sechs Wörtchen nehmen mich in Anspruch jeden Tag:
Ich soll, ich muß, ich kann, ich will, ich darf, ich mag!

Unter allen Willenserklärungen erheischt nun der Vertrag[11]) eine besonders wichtige Stellung, und so widmet ihm denn das BGB. einen besonderen dritten Titel seines dritten Abschnittes zum Ersten, Allgemeinen Teil, und zwar in den 13 §§ 145—157. Eine Ergänzung

Dritter Titel. § 53. Insbesondere der Vertrag.

108 II, 109 II, 795 I (und III), 469 Satz 1, 470 Satz 2, 112 II, 1330.

[1]) „Darf nicht" bezw. „darf nur" in §§ 627 II Satz 1, 671 II Satz 1, 795 (I und III).

[2]) Vgl. § 1240 I und dazu §§ 1243 f., sowie §§ 1311, 1313 ff. (die in §§ 1323 ff. nicht erwähnt werden). Vgl. auch wegen der Möglichkeit nachträglicher Wirksamkeit § 456 und dazu § 458 Satz 1.

[3]) Vgl. §§ 57 II, 58, 1308 II Satz 1, 1316 I Satz 1, 1318, 1377 I, 1792 II, 2245 II Satz 2.

[4]) Vgl. §§ 1318 II Satz 1, 1781 bis 1784, 1866 f., 2237.

[5]) „Soll" in anderem Sinne z. B. in § 1403 II a. E.

[6]) Vgl. § 1403 I und II.

[7]) Vgl. §§ 374 I und II Satz 1, 1377 II und III Satz 2, 1785.

[8]) Vgl. §§ 57 I, 121 I Satz 1, 126 I und II Satz 1, 294, 303 Satz 2, 711 Satz 2, 925 I, 945 Satz 2, 1015, 1403 II, 1434, 1559 Satz 1, 1725, 1945 II Satz 2, 2002, 2245 II Satz 1, 2336 II.

[9]) Vgl. wegen § 1317 I Satz 2 und EBGB. Art. 40 II, § 7 I Satz 2, Endemann S. 44 Anm. 6.

[10]) „Soll", „darf" und „kann" begegnen z. B. in § 1316 (I—III).

[11]) Vgl. Korte, Die Vertragslehre im BGB., Erlanger Inaugural-Dissertation (Berlin 1896).

Digitized by Google

rücksichtlich der obligatorischen Verträge im besondern und im Gegensatze zu den dinglichen[1]) Verträgen, den familienrechtlichen[2]) und den erbrechtlichen[3]) Verträgen, auf welche Teil I Titel 3 gleichfalls Anwendung verlangt, bietet alsdann Buch II Abschnitt II §§ 305 ff.[4])

Aus Buch I Abschnitt III Tit. 3 kennen wir bereits den Fundamentalgrundsatz des § 157,[5]) wonach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für Interpretation eines Vertrages ausschlaggebend sind (vgl. oben S. 78). Im übrigen beschränkt unser dritter Teil sich auf Vorschriften über das Zustandekommen des Vertrages.

In dieser Hinsicht setzt der Vertrag zunächst vollständige Einigung der Parteien über alle Punkte voraus, auf welche auch nur eine Partei Gewicht legt (§ 154 I Satz 1, § 155), wennschon sie vielleicht, objektiv betrachtet, höchst unbedeutend sind. Bis dahin ist der Vertrag im Zweifel nicht perfekt, selbst wenn er der Hauptsache nach schriftlich fixiert ist (§ 154 I Satz 2); denn diese Urkunde kann zunächst nur als unverbindliches Traktat gelten.[6]) Und selbst wenn die Einigung anscheinend durch genügende Erörterung aller Fragen zustande gekommen ist und der Fehler nur darin besteht, daß über einen einzelnen Punkt trotz der scheinbaren Einigung eine wirkliche Willensübereinstimmung fehlt[7]) — z. B. daß ein Teil 5, der andere Teil 6 Prozent oder daß ein Teil beliebige

[1]) Vgl. BGB. Buch III §§ 873 I, 925 I, 929.

[2]) Vgl. BGB. Buch IV §§ 1432 ff. (Güterrechtsverträge der Ehegatten), §§ 1741 ff. (Adoptionsvertrag), während die „Ehelichkeitserklärung" (§§ 1723 ff.) nach der Auffassung des BGB. kein Vertrag ist (trotz der nach § 1726 notwendigen Einwilligung des großjährigen Kindes).

[3]) Vgl. BGB. Buch V §§ 2274 ff. (Erbvertrag).

[4]) Auf diesen Punkt geht Korte garnicht ein.

[5]) Zu ihm eingehend Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1897 (insbes. S. 139 ff., 163 ff.) und Danz, Laienverstand und Rechtsprechung (in v. Jherings Jahrb. Bd. 38, Jena 1898, S. 373 ff.).

[6]) Vgl. ALR. I, 5 § 125, Heilfron S. 468. Ueber Traktate und Punktationen vgl. auch Mot. I S. 163.

[7]) Entweder weil die Parteien sich in Wirklichkeit nicht geeinigt haben — vgl. die Beispiele im Text — oder weil dieser Punkt der Willenserklärung nichtig ist (z. B. wegen Zinswuchers, § 138 II) — vgl. Mot. I S. 202 und Planck S. 202 Anm. zu § 155 — oder endlich, weil sie diesen Punkt ganz übersehen haben — vgl. Kommissionsprot. S. 116.

Digitized by Google

Kündigung, der andere halbjährige wollte —, so ist dennoch eine Einigung über diesen Punkt (und somit das Zustandekommen des ganzen Vertrages) nur dann anzunehmen, wenn die Parteien auf ihn voraussichtlich nur geringes Gewicht gelegt haben würden (§ 155). In diesem Falle aber erhebt sich, sofern der Richter den Vertrag an sich als perfekt ansieht, die weitere Frage, wie es mit jenem Unterpunkte bestellt sei: und hier wird man sagen müssen, daß wegen der fehlenden Willenseinigung eine Abrede überhaupt fehlt, mithin das Gesetz dazu berufen ist, die Lücken auszufüllen; in unserem Beispiele würde daher zufolge § 246 der Zinsfuß 4 Prozent betragen, sofern nicht im vorliegenden Falle wenigstens 5 Prozent deshalb anzunehmen sind, weil die Parteien doch dahin einig waren, daß dies der Minimalbetrag der Zinsen sein solle, und weil daher BGB. § 157 (und ev. § 133, oben S. 247) für den Richter maßgebend ist.

Beabsichtigen die Parteien einen Vertragsschluß und verabreden sie Beurkundung, so ist diese Abrede in dubio dahin aufzufassen, daß die Schriftform Vertragsbedingung sein sollte (§ 154 II), nicht bloße Beweiserleichterung.[1])

Die für den täglichen Rechtsverkehr sehr wichtigen Vorschriften der §§ 145—153,[2]) welche über das Verhältnis der Vertragsofferte zur Annahme dieser Offerte handeln, lassen sich schnell erledigen, weil sie im wesentlichen den uns aus dem Handelsrecht und auch schon aus dem Allgemeinen Landrecht geläufigen Grundsätzen entsprechen. Durchweg bilden sie übrigens einen Beweis für die Rücksichtnahme des BGB. auf die Verkehrsanschauungen, die Verkehrsverhältnisse und die den Verkehr beherrschende Hervorhebung von „Treu und Glauben" (vgl. oben S. 262).

So erfordert es die moderne und germanistische Auffassung,[3]) daß der Offerent sich an seinen Antrag gebunden betrachtet (§ 145). Er ist bezw. wird von dieser Gebundenheit nur frei,

[1]) Heilfron S. 468.

[2]) Vgl. zu ihnen besonders auch die Denkschrift S. 39 ff.

[3]) Vgl. HGB. Art. 318 ff., ALR. I, 5 §§ 90 ff. Anders das gemeine Recht. Vgl. z. B. Windscheid Bd. II § 306 S. 152/153, v. Buchka S. 31.

Digitized by Google

wenn er sich ausdrücklich gegen sie verwahrt hat (§ 145) oder wenn der Antragsempfänger die Annahme entweder ausdrücklich ablehnt oder stillschweigend dadurch, daß er die Erklärungsfrist verstreichen läßt (§ 146), die das Gesetz in §§ 147—149 zum Gegenstande eingehender Regelung macht.

Daß inter praesentes die Annahmeerklärung sofort erfolgen muß (§ 147 I Satz 1), ist selbstverständlich, und daß der telephonische Verkehr ausdrücklich unter die Verhandlungen inter praesentes gestellt worden ist, wissen wir bereits (§ 147 I Satz 2, oben S. 76/77). Schwieriger war die Regelung der Annahme inter absentes. Hier kann natürlich der Offerent eine Frist stellen: dann ist diese maßgebend (§ 148); andernfalls entscheiden wieder die Verkehrsverhältnisse. Der Offerent ist nur solange gebunden, bis die Antwort hätte eintreffen müssen, regelmäßige Umstände und einen regulären Verlauf der Angelegenheit vorausgesetzt (§ 147 II). Trifft also die Annahmeerklärung erst verspätet ein, so darf der Antragsteller sie unberücksichtigt lassen. — Nur würde es hier wiederum den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn er sich auf die einfache Thatsache verspäteter Ankunft der Annahmeerklärung stützen wollte, obwohl er merken (beispielsweise aus dem Poststempel entnehmen) muß, daß die Absendung rechtzeitig erfolgt war und lediglich die Ankunft wegen irgendwelcher Umstände (z. B. Schneeverwehungen) sich verzögert hatte. Da er nun aber inzwischen, weil doch die Annahme nicht positiv erfolgt war, vielleicht andere Schritte gethan und mit einer anderen Person Unterhandlungen begonnen, möglichenfalls sogar abgeschlossen hatte, so darf ihm nicht zugemutet werden, daß er nun durch die zwar nur infolge unglücklicher Umstände verspätete, aber immerhin verspätete Annahmeerklärung ernstlich gebunden und in Ungelegenheiten gestürzt werde. Andererseits aber hat doch der Antragsempfänger durch rechtzeitige Absendung der Annahmeerklärung gleichfalls das Seinige gethan. So verlangt es denn die Gerechtigkeit, daß das Gesetz beiden Teilen entgegenkommt. Dies geschieht in der That durch die sehr weise Vorschrift (§ 149), daß der Antragsteller,

Digitized by Google

welcher die rechtzeitige Absendung erkennen[1]) mußte, dem Gegenkontrahenten sofortige Anzeige zu erstatten hat, wenn er nicht durch sein Stillschweigen die Fiktion rechtzeitigen Einganges der Annahmeerklärung und damit Perfektion des Vertrages herbeiführen will.

Da sowohl der Antrag wie seine Annahme als „empfangsbedürftige Erklärungen" in dem uns bereits geläufigen Sinne (oben S. 223, 243) zu betrachten sind, so gilt auch für sie die Empfangstheorie[2]) (§ 130, oben S. 244), d. h. es genügt, daß sie dem andern zugehen, selbst wenn er nicht zu Hause ist. Von diesem Grundsatze macht aber das BGB. zwei wichtige Ausnahmen: die eine in § 152 für den Fall gerichtlicher oder notarieller Vertragsbeurkundung — hier ist, wenn die Parteien nicht gleichzeitig vor Gericht oder Notar erscheinen, im Zweifel die Beurkundung der Annahmeerklärung als der entscheidende Augenblick zu betrachten —; die zweite in § 151 für den Fall eines ausdrücklich erfolgten Verzichtes des Offerenten auf die Annahmeerklärung oder einer nach der Verkehrssitte vorliegenden Entbehrlichkeit ausdrücklicher Annahmeerklärung.[3]) Der Bremer Cigarrenfabrikant oder der Schweriner Lotterieloshändler, welcher mir eine Probekiste Cigarren bezw. ein Los der Mecklenburgischen Lotterie zugesendet, erwartet doch nicht, daß ich, wenn ich die Sendung behalten will, ihm dies überhaupt oder gar sofort bestätige; wenn ich also die Cigarren verbrauche oder das Lotterielos ins Portemonnaie stecke, um es wirklich zu spielen, so ist der Vertrag zwischen uns beiden perfekt geworden, auch ohne daß der Absender zunächst davon Nachricht erhält. Wenn ich freilich die Cigarren auf meinen Kleiderschrank stelle oder das Los zwar ins Portemonnaie stecke, um es sicher aufzubewahren, aber in der Absicht, es wieder zurückzusenden, so fehlt meinerseits der Annahmewille und die Annahmeerklärung; ein Vertrag ist also jedesfalls nicht zustande gekommen.[4]) Der Cigarren- oder Lotterie-

[1]) Ueber Erkennen-Müssen vgl. meine oben S. 89 Anm. 7 citierte Studie auf S. 111.

[2]) Vgl. Heilfron S. 463.

[3]) Vgl. hierzu insbes. Denkschrift S. 41 und Heilfron S. 464.

[4]) Es kann sich also nur fragen, ob ich vielleicht für besonders sorglose Plazierung der Cigarren in einem feuchten Raume oder in allzugroßer Nähe

Digitized by Google

loshändler seinerseits kann die Rücksendung erst beanspruchen, wenn der Antrag als erloschen zu betrachten ist, und hierfür sind nach § 151 Satz 2 (vgl. auch § 152 Satz 2) die ausdrücklichen Bemerkungen in seinem Anschreiben oder die normalen Umstände entscheidend. Nicht jedoch hat der Ablauf einer in seinem Anschreiben gesetzten Frist, bis zu welcher ich meine Ablehnung erklären müsse, für mich die Bedeutung einer stillschweigenden Annahmeerklärung.

Auch die Erben des Antragstellers bleiben zufolge § 153 an die Offerte gebunden, wenn jener inzwischen gestorben ist und nicht die Vermutung besteht, daß nur er höchstpersönlich kontrahieren wollte. Das Gleiche gilt betreffs der inzwischen eintretenden Geschäftsunfähigkeit zufolge Entmündigung wegen Geisteskrankheit.[1]) Weges des Todes sagte dasselbe bereits das HGB. Artikel 297, wogegen das ALR. I, 5 §§ 106—108 den gleichen Grundsatz auch für den Fall ausspricht, wenn der Empfänger des Antrages vor Ablauf der Annahmefrist stirbt. Da über letzteren Fall das BGB. schweigt, so ist hier keine Vermutung pro aut contra gegeben, vielmehr nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden.[2])

des Ofens und betreffs des Loses dafür verantwortlich bin, daß der Händler es nun nicht untergebracht hat. Vgl. dazu § 226, §§ 812 ff., 823 I, 826 und auch hier wieder §§ 133, 157.

[1]) § 104 Nr. 3. Denn § 104 Nr. 1 (Nr. 2) und §§ 106, 114 kommen nicht in Betracht.

[2]) Vgl. Heilfron S. 467. — Interessant und lehrreich ist der Vergleich des BGB. und seiner oben erörterten Bestimmungen mit dem Handelsrecht (d. h. dem HGB. von 1861) und dem Preußischen Privatrecht auch sonst. Denn diese Gesetze decken sich hier inhaltlich zwar, wie schon bemerkt, im allgemeinen, aber nicht in allen Einzelpunkten. — Was den Vergleich zwischen dem BGB. und dem HGB. von 1861 betrifft, so interessiert es, daß das HGB. in Art. 321 für den Fall, daß der Vertrag inter absentes wirklich zu stande gekommen ist, als Zeitpunkt des Abschlusses denjenigen Augenblick betrachtet, in welchem die Annahmeerklärung abgesendet wurde. Das HGB. huldigt somit für diese Angelegenheit der Erklärungstheorie, während das BGB. (vgl. oben S. 244) doch auf dem Standpunkte der Empfangstheorie steht. — Zwischen dem BGB. und dem ALR. besteht ein erheblicher Unterschied für den Fall verspäteten Eintreffens rechtzeitig abgesendeter Annahmeerklärung. Zwar bleibt auch nach ALR. I, 5 § 103 der Offerent nicht länger gebunden, zwar muß er auch nach ALR. (a. a. O. § 104) dem anderen eine Mitteilung machen, aber nicht eine bloße Mitteilung von der Verspätung der Annahme (BGB. § 149 Satz 1), sondern (vgl. HGB. Art. 319 II) von seinem Rücktritt; und die Folge einer Verletzung dieser Anzeigepflicht ist für den Offerenten nicht (wie nach BGB. § 149 Satz 2. HGB. Art. 319 II) Gebundenheit an die Offerte und Per-

Digitized by Google

Die Annahmeerklärung muß nicht blos rechtzeitig erfolgen, sondern auch inhaltlich mit dem Antrage übereinstimmen, widrigenfalls sie nach den Vorschriften des § 150, dessen Abs. II eine Nachbildung des HGB. Art. 322 ist, als neue Offerte betrachtet wird.

Endlich ist aus diesem Titel noch § 156[1]) zu erwähnen, welcher eine Streitfrage des bisherigen Rechts über den Augenblick, in welchem eine Versteigerung zu stande kommt, in positiver Weise dahin entscheidet, daß nicht etwa die Versteigerung ein Angebot des Versteigerers und das Gebot eine Annahmeerklärung des Bieters enthalte, sondern erst das Gebot eine Offerte des Bieters und der Zuschlag eine Annahmeerklärung des Versteigerers; über der Offerte des Bieters schwebt aber das Damoklesschwert nachträglichen Erlöschens durch ein Übergebot von anderer Seite.[2])

Zu den erörterten Bestimmungen des BGB. über den Vertrag[3]) ist vor allem noch die wichtige Bemerkung einzuschalten, daß sie, sich an das ältere Handelsrecht anlehnen und fortab auch für das neue Handelsrecht maßgebend sind. Denn im Gegensatze zum HGB. von 1861 enthält das HGB. vom 10. Mai 1897 über unsere Fragen keinerlei Spezialnormen mehr, es ist vielmehr in diesen Punkten — und gerade hier — der Differenzierungsprozeß zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht einem Unifizierungsprozesse gewichen.

Vierter Titel. § 54. Bedingung. Zeitbestimmung.

Der Vierte Titel, §§ 158—163, handelt von Bedingungen und Zeitbestimmungen, d. h.[4]) von den Selbstbeschränkungen, welche der Erklärende der rechtsgeschäftlichen Wirkung seiner Willenserklärung beifügt.

fektion des Vertrages, sondern bloßer Ersatz des negativen Vertragsinteresses (ALR. I, 5 § 105). Ein weiterer Unterschied ist, daß nach ALR. (a. a. O. § 97 f.) der Offerent auf das Eintreffen der Annahmeerklärung bis Ankunft der zweitfolgenden Briefpost warten muß, während nach BGB. § 147 II die regelmäßige Postverbindung, also zumeist schon die erste Briefpost entscheidend ist.

[1]) Dazu vgl. Mot. I S. 176 ff. und Tentler, Die juristische Konstruktion der Versteigerung unter Berücksichtigung des § 156 des BGB. (Berlin 1897). insbes. S. 19, 21 f., 33.

[2]) Vgl. ferner § 1239.

[3]) Ueber den „Vorvertrag" (das pactum de contrahendo) schweigt das BGB., weil hier Sonderbestimmungen entbehrlich schienen. Vgl. Mot. I S. 178.

[4]) Mot. I S. 248.

Digitized by Google

Von den Bedingungen[1]) sprechen §§ 158—162, vom Termine spricht § 163. Die in der Theorie begegnenden Begriffe des Modus (Auflage, Zweckbestimmung) und der Voraussetzung übergeht das BGB.[2]) — an dieser Stelle wenigstens[3]) — und auch von den verschiedenen Arten der Bedingungen, welche die Lehrbücher aufzuzählen pflegen, nennt das BGB. nur die Suspensivbedingung (§ 158 I) und die Resolutivbedingung (§ 158 II); unerwähnt bleiben dagegen die Unterscheidung zwischen affirmativen (positiven) und negativen Bedingungen, sowie zwischen willkürlichen, zufälligen und gemischten (condiciones potestativae, casuales, mixtae).[4])

Die Rechtssätze des BGB. über die Bedingung[5]) sind sehr einfach und klar und versetzen manchen bisherigen Kontroversen den Todesstoß.

Der Eintritt der Bedingung hat, wenn sie eine aufschiebende ist, die Folge, daß die rechtsgeschäftlich gewollte Wirkung selber nun in der That eintritt; wenn sie eine auflösende ist, die gegenteilige Folge, daß nun die Wirkung der Zwischenzeit beendigt ist und der alte Rechtszustand wieder auflebt. Rückwirkende Kraft hat weder die Suspensivbedingung noch die Resolutivbedingung,[6]) welche diesen Mangel der Rückwirkung ausdrücklich fixierte; natürlich aber können die Parteien die rückwirkende Kraft einführen (§ 159)[7]), was dann für die Schicksale der Früchte und für den Übergang der Gefahr[8]) von Bedeutung, aber nur inter partes rechtserheblich ist und also nur obligatorische, nicht dingliche Wirkung hat.

Der Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr erfordert es, daß diejenige Partei der anderen zu Schadensersatz verpflichtet ist, welche durch ihr schuldhaftes Be-

[1]) Wagenführ, Die Bedingungen nach dem BGB., Erlanger Inaugural-Dissertation, Berlin 1897.

[2]) Ueber die Gründe Mot. I S. 248. Vgl. Einzelausführungen bei Hellmann S. 169 a. E., 170 ff.

[3]) Vgl. dagegen BGB. §§ 525 ff., 1940, 2192 ff., (1967, 1972, 1973 I Satz 2, 1991 IV, 1992 Satz 1) wegen der Auflage und §§ 812 ff. wegen der Voraussetzung.

[4]) Vgl. Mot. a. a. O. S. 250.

[5]) Viele vom Gesetz selber nicht ausdrücklich beantwortete Einzelfragen erörtert Hellmann S. 155 ff.

[6]) Für diese hatte ALR. I, 4 § 115 den Mangel der Rückwirkung ausdrücklich fixiert.

[7]) ALR. a. a. O. § 116.

[8]) Mot. a. a. O. S. 254.

Digitized by Google

nehmen die dereinst bei Eintritt der Bedingung zu erwartenden Rechte der Gegenpartei vereitelt oder beeinträchtigt (§ 160). Wenn die interessierte Partei gar etwa gewaltsam auf die Bedingung selber einwirkt, indem sie den Eintritt der Suspensivbedingung wider Treu und Glauben verhindert oder die Resolutivbedingung wider Treu und Glauben herbeiführt, so greift zum Nachteile dieses treuwidrig handelnden Gegners eine gesetzliche Fiktion ein, deren Inhalt sich natürlich ebenso unterscheidet wie die beiden Arten der Bedingungen selber: bei der Suspensivbedingung geht er nämlich dahin, daß diese als eingetreten, bei der Resolutivbedingung dahin, daß diese als ausgefallen betrachtet wird; demnach gelangt der Gekränkte dort in den Genuß des ihm bisher bedingt in Aussicht stehenden Rechtes, hier verbleibt er in diesem Genusse (§ 162). Das Geschäft wird also beidemal als ein unbedingtes behandelt,[1]) nur die sekundäre Wirkung dieser Rechtsfolge äußert sich bei den beiden Arten der Bedingung natürlich verschieden.

Der gleiche Gedanke liegt dem § 161 zu Grunde, welcher aber nur den Sonderfall ins Auge faßt, daß das bedingte Rechtsgeschäft einen Gegenstand,[2]) z. B. eine Sache oder eine Forderung betrifft[3]) und nun in der Schwebezeit[4]) über diesen Gegenstand andere Dispositionen erfolgen, durch welche die in Aussicht stehenden Befugnisse der anderen Partei tangiert werden. Einem derartigen Mißbrauche der thatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache will der Gesetzgeber vorbeugen; er thut dies durch Androhung der Unwirksamkeit (§ 161 I Satz 1 und II), die sich im Prinzipe zwar nicht auf das Verhältnis unter den Parteien beschränkt, sondern auch nach außen hin („dinglich") wirkt, aber dennoch ihre Grenze in

[1]) Vgl. Endemann S. 329, daselbst Anm. 5 auch über die regelmäßige Unanwendbarkeit des § 160 auf reine Potestativbedingungen bezw. über die Anwendbarkeit des Chikaneverbots des BGB. § 226.

[2]) Ueber den Begriff „Gegenstand" vgl. oben S. 180.

[3]) Bei obligatorischen Rechtsverhältnissen können gegen beeinträchtigende Dispositionen die Vorschriften des BGB. §§ 242, 280 Platz greifen. Vgl. Mot. I S. 259, Heilfron S. 489 Anm. 4.

[4]) Ueber die Rechtsverhältnisse während der Schwebezeit eingehend Wagenführ S. 35 ff.

Digitized by Google

dem Schutze gutgläubigen Rechtserwerbes dritter Personen findet (§ 161 III), welchen etwa die Sache verkauft oder verpfändet (§§ 932 ff., 1207) oder die cedierte Forderung weitercediert wurde (§ 408 I).[1])

Ob die Bedingung eingetreten sei oder nicht, ist quaestio facti.[2]) Nur in dem vorher (S. 269) erörterten Falle des § 162 wird ihr Eintritt bezw. Nichteintritt fingiert und desgleichen, im Zweifel wenigstens, bezüglich letztwilliger Zuwendungen der Eintritt unter den Voraussetzungen des § 2076 (z. B. wenn die Stadt die Errichtung des Denkmals nicht gestatten will, mit welcher der Testator den Legatar beschwert hat.)

Über die Einwirkung unsittlicher und gesetzwidriger Bedingungen, betreffs deren das geltende Recht zwischen Willenserklärungen inter vivos und mortis causa unterschied,[3]) schweigt das BGB.; es kommen daher hier die früher (S. 250 ff.) erörterten Bestimmungen der §§ 134—140 zur Anwendung, um je nach der Beurteilung des Falles durch den Richter entweder die ganze Erklärung als nichtig oder nur die Bedingung pro non scripta erscheinen zu lassen. Unmögliche Bedingungen dagegen sind überhaupt nicht als Bedingungen im Sinne des BGB. §§ 158 ff. zu betrachten, weil es kein ungewisser Umstand ist, von dem die Wirkung der Erklärung abhängig gemacht wird;[4]) ebensowenig sind[5]) als „Bedingungen" aufzufassen die „conditiones in praesens vel in praeteritum tempus collatae"[6]) („wenn X. verheiratet ist", „wenn Y. schon gestorben ist"), weil sie keine objektive, sondern nur eine subjektive Ungewißheit enthalten; endlich nicht die sog.

[1]) Vgl. dazu die einzelnen Möglichkeiten genauer bei Hellmann S. 161.

[2]) Genauere Erörterungen bei Wagenführ S. 49 ff.

[3]) Vgl. für das gemeine Recht z. B. Dernburg, Pandekten Bd. I (5. Aufl., Berlin 1896) S. 255/256, für das Preußische Recht ALR. I, 4 §§ 6—14, §§ 136 ff., I, 12 § 63. Vgl. auch insbes. Heilfron S. 475 f.

[4]) Vgl. ALR. I, 12 §§ 504 ff.

[5]) Vgl. auch Wagenführ S. 14, Endemann S. 325, Hellmann S. 156, 159/160. Ueber „perplexe" Bedingungen Heilfron S. 475.

[6]) Vgl. ALR. I, 4 §§ 140 ff. Sie sowohl wie die unverständliche oder widersinnige und die gesetzliche Bedingung und die Potestativbedingung hatte die I. Lesung (§§ 137 ff.) ausdrücklich hervorgehoben und behandelt.

Digitized by Google

conditiones juris, d. h. die für eine Rechtsangelegenheit selbstverständlichen und unerläßlichen Thatbestände („X. soll mein Erbe sein, wenn er mich überlebt", „meiner Tochter verspreche ich eine Aussteuer, wenn sie heiratet").[1])

Gewisse Rechtsgeschäfte vertragen (gleich den „actus legitimi" des römischen Rechts) keine Bedingung (und Befristung, unten S. 273), sind vielmehr bei Zufügung einer solchen nichtig.[2]) Abgesehen von der Aufrechnung (§ 388 Satz 2) und Auflassung (§ 925 II) gehören sie durchweg ins Familienrecht und Erbrecht (Eheschließung, § 1317 II; Anerkennung der Ehelichkeit, § 1598 II; Ehelichkeitserklärung, § 1724; Adoption und deren Aufhebung, §§ 1742 und 1768 I Satz 2; Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, § 1947,[3]) bezw. des Vermächtnisses, § 2180 II Satz 2, bezw. des Amtes als Testamentsvollstrecker, § 2202 II Satz 2). Aber außer bei diesen Rechtsgeschäften, bei denen es vom BGB. ausdrücklich hervorgehoben wird, ergibt sich die Unzulässigkeit einer Bedingung oder Zeitbestimmung, z. B. bei Mahnung und Kündigung aus des betr. Rechtsgeschäftes Natur von selbst.[4]) — Hinsichtlich anderer Willenserklärungen dagegen hebt das Gesetz die Zulässigkeit der Bedingungen (nicht der Befristung) ausdrücklich hervor, so hinsichtlich des Vorbehaltes späterer Entlassung des vom Vormundschaftsgericht bestellten Vormundes (§ 1790) und hinsichtlich der Einsetzung eines Familienrates (§ 1858 II).[5])

Bedingte Ansprüche werden im allgemeinen wie unbedingte behandelt,[6]) insbesondere dürfen sie (und auch künftige Ansprüche)

[1]) Eine wirkliche Bedingung liegt jedoch vor, falls eine das gesetzliche Mindestmaß (BGB. § 1620) übersteigende Aussteuer versprochen wird, wenn die Tochter gerade den X heiratet, oder falls es sich um das Versprechen an eine nicht zu einem gesetzlichen Aussteueranspruche berechtigte Person oder seitens einer nicht aussteuerpflichtigen Person handelt.

[2]) Trotz der verschiedenen Ausdrucksweise des Gesetzes in Bezeichnung der Rechtsfolgen. Vgl. auch Wagenführ S. 28 f.

[3]) Vgl. dazu wegen Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft § 1484 II, auf den die Mot. I S. 249 (und Haiblen S. 186), sowie Heilfron S. 474 nicht aufmerksam machen, wohl aber Hellmann S. 158.

[4]) Vgl. Mot. a. a. O.

[5]) Vgl. auch § 1913.

[6]) Vgl. auch § 2313 I Satz 2 (und andererseits Satz 1, sowie § 1582 II Satz 2).

Digitized by Google

die Grundlage für Bürgschaft, Hypothek und Faustpfand bilden (§§ 765 II, 1113 II, 1204 II); auch berechtigen sie dazu, eine Vormerkung im Grundbuche zu verlangen, wenn es sich um bedingte (und künftige) Einräumung oder Aufhebung von Immobiliaransprüchen handelt (§ 883 I Satz 2), und auch bei der Zwangsvollstreckung[1]) und im Konkursverfahren[2]) finden sie bekanntlich Berücksichtigung.[3])

Die Einzelvorschriften des BGB., in welchen sonst noch von Bedingungen bezw. Zeitbestimmungen (Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses, Anfangstermin) gesprochen wird, und welche größtenteils dem erbrechtlichen Buche angehören, enthalten teils Interpretationsregeln (vgl. §§ 2066 Satz 2, 2070, 2074—2076, 2104 Satz 1, 2108 II Satz 2), teils Vorschriften über die Wirkungen (vgl. §§ 308 II, 652 I Satz 2, 2044 II Satz 2, 2103 ff., 2162 f., 2179, 2191 I, 2210 Satz 2, 2313 I).[4]) Von letzteren sind besonders bemerkenswert § 2301 I (nach welchem es zum Begriffe einer „Schenkung von Todeswegen" gehört, daß das Schenkungsversprechen unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt), sowie §§ 2103 ff. (wonach es zum Begriffe der Nacherbfolge gehört, daß der Vorerbe nur bis zu einem bestimmten Ereignisse oder Zeitpunkte bezw. der Nacherbe nur von einem bestimmten Ereignisse oder Zeitpunkte ab den Nachlaß haben soll).

In § 455 und § 495 I Satz 2, die beide der Lehre vom Kaufe angehören, werden gewisse Abreden (Vorbehalt des Eigentums am beweglichen Vertragsobjekte bis zur Zahlung des Kaufpreises bezw. Kauf auf Probe oder Besicht) im Zweifel als aufschiebende Bedingungen (der vollständigen Zahlung des Kaufpreises bezw. der Billigung) interpretiert.

---

[1]) Vgl. dazu Civilprozeß-Ordnung §§ 664, 666, 687 (und dazu Reichstagsvorlage Nr. 173, 175, 183) und Immobiliarzwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 §§ 48, 119 f.

[2]) Vgl. Konkursordnung §§ 47 III, 59 f., 142, 144, 155 Nr. 2 und 4, 158 (und dazu Reichstagsvorlage Nr. 41, 42, 44).

[3]) Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Kautionspflicht stellt BGB. 1986 II Satz 2 auf.

[4]) Vgl. auch BGB. § 2046 I Satz 2.

Digitized by Google

Betreffs der „Zeitbestimmung" sagt das BGB. (§ 163) lediglich, daß der Anfangstermin (dies a quo) als Suspensivbedingung, der Endtermin (dies ad quem) als Resolutivbedingung zu behandeln sei. Nur die Bestimmungen des § 159 und § 162 bleiben in § 163 uncitiert. Und zwar mit Recht, weil § 163 lediglich die ganz festen Anfangs- und Endtermine ins Auge faßt und bei diesen, da sie eben nicht an ein unbestimmtes Ereignis und dessen Eintritt geknüpft sind, auch keine Rede von einer Rückziehung (§ 159) und von eigenmächtiger Verhinderung oder Herbeiführung (§ 162) sein kann. — Weshalb aber, werden wir uns fragen, beschäftigt sich § 163 nur mit dieser Art von Terminen und läßt die mit einem ungewissen Ereignis verknüpften Termine unerwähnt? Weshalb begegnen wir also — um uns der gemeinrechtlichen Ausdrucksweise anzuschließen — in § 163 nur dem dies certus an et quando (z. B. „dem 1. Oktober d. J.") und dem dies certus an, incertus quando (z. B. „beim ersten Nachtfrost"), weshalb nicht aber auch dem dies incertus an, certus quando („am Tage der Volljährigkeit") und dem dies incertus an et quando („am Hochzeitstage")? Das geschieht, weil letztere Art von Terminen lediglich als einfache Bedingung im Sinne der §§ 158—162 zu betrachten ist.

Ein wichtiger Unterschied zwischen Bedingung und Befristung ergibt sich jedoch aus § 813 II, wonach die condictio indebiti nur bei einer „betagten"[1]) Verbindlichkeit, die vorzeitig erfüllt wurde, ausgeschlossen ist, nicht dagegen bei einer (suspensiv) bedingten; denn es steht bei bedingten Forderungen ja noch keineswegs fest, ob der Schuldner wirklich jemals zur Erfüllung verpflichtet sein wird.

Der — vom stilistischen Standpunkte betrachtet höchst unerfreuliche[2]) — fünfte Titel,[3]) §§ 164—181, hat die Überschrift „Vertretung. Vollmacht." „Vertretung" ist der übergeordnete Begriff, „Vollmacht" der untergeordnete, der in § 166 II (mittels

Fünfter Titel. Vertretung Vollmacht. § 55.

[1]) Darunter gehören die befristeten Verbindlichkeiten jedesfalls. Vgl. zu dem Ausdrucke „betagt" auch Endemann S. 335 Anm. 5.

[2]) Vgl. insbesondere wegen § 164 II unten S. 278.

[3]) Zu diesem Titel vgl. insbesondere Denkschrift S. 43—50,

Vertretung und Vollmacht im allgem.

Digitized by Google

Klammer, vergl. oben S. 92) auf die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht im besonderen beschränkt wird, während man „Vertreter" im weiteren Sinn auch auf Grund des Gesetzes sein kann:[1]) so insbesondere[2]) der Vormund als Vertreter des Mündels (§ 1793), der Vater bezw. die Mutter als Vertreter des in der elterlichen Gewalt befindlichen Kindes (§§ 1630 I, 1686), der Pfleger als Vertreter des Pflegebefohlenen (§ 1915 I, § 1793); ferner zwar nicht begrifflich, aber kraft gesetzlicher Fiktion die Organe der juristischen Personen nach § 26 II Satz 1, § 86.[3]) (vgl. übrigens auch BGB. §§ 30 f.).

Da von einem Vertreter im technisch-juristischen Sinne und zugleich auch nach dem Sprachgebrauche des BGB. nur da die Rede ist, wo es sich um eine Vertretung im Willen, in der Willens*fassung*, nicht lediglich um eine Vertretung in der Willens*übermittelung* handelt, so interessiert hier der Fall des in § 120 (oben S. 230) gedachten Boten oder des Handlungsgehilfen (zum Unterschiede vom Handlungsbevollmächtigten) oder des Maklers[4]) (§§ 652 ff.) ebensowenig,[5]) wie die folgenden Fälle: der direkte Vertragsschluß, welchem A. und B. als Kontrahenten „zu Gunsten eines Dritten" C. vornehmen; der Fall, daß eine Person *neben* einer anderen auftritt, indem sie die Erklärung genehmigt, welche jene Person allein nicht in rechtsgültiger Weise abgeben konnte;[6]) und endlich das zwar im Interesse eines anderen, aber doch nicht

---

ferner Mot. I S. 223—245, Kommissionsprot. S. 134—175. Vgl. auch Franz Leonhard in der Allgem. Oesterr. Gerichts-Zeitung Jahrg. 48 (1897) S. 201 ff.

[1]) Der Unterschied zwischen dem „Vertreter" überhaupt und dem „gesetzlichen Vertreter" im besonderen tritt namentlich klar aus § 1336 I Satz 1 im Vergleich mit Satz 2 und Abs. II hervor. Vgl. ferner die meisten der unten S. 275 Anm. 1 citierten Stellen.

[2]) Auch das EBGB. spricht oft von den gesetzlichen Vertretern; vgl. Art. 35 Nr. II, Art. 36 Nr. II—VI, Art. 37 und dazu auch oben S. 40.

[3]) Vgl. Endemann S. 193 sub 2, S. 203 Anm. 6, S. 337 Anm. 1, Planck S. 83 Anm. 3 und auch L. Seuffert in der Deutschen Litteraturzeitung 1898 Nr. 1 S. 30. — Nicht ganz genau Heilfron S. 506.

[4]) Der oft auch untechnisch „Agent" genannt wird.

[5]) Vgl. Heilfron S. 505 f.

[6]) Ueber Genehmigung z. B. seitens des Vormundes oder Ehemannes s. unten S. 284.

Digitized by Google

ersichtlich in seinem Namen, sondern anscheinend und formell in eigenem Namen erfolgende rechtsgeschäftliche Auftreten.

Letzteres bietet vielmehr nur eine „indirekte", „mittelbare", „stille" Stellvertretung, während das BGB. a. a. O. allein die „direkte", „unmittelbare", „offene" Stellvertretung ins Auge faßt.

Eine solche Stellvertretung kann nun, wie bemerkt, ihren Grund in gesetzlicher Vorschrift, aber auch in rechtsgeschäftlicher Erteilung haben. Jene begegnet da, wo sie eben vom Gesetze erfordert wird, diese da, wo sie das Gesetz gestattet. Und das ist bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Regel (Ausnahmen bilden auch nicht die unten S. 276 erwähnte Auflassung oder Bestellung eines Erbbaurechts, und nicht hierher gehört es, daß die Erfüllung einer Obligation unter Umständen, z. B. nach § 613 Satz 1, nicht durch einen Vertreter vorgenommen werden darf). Bei familienrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten dagegen wird die Stellvertretung vom Gesetz so oft ausdrücklich verboten, daß ihre Zulässigkeit als Ausnahme erscheinen dürfte.[1]) Stellvertretung ist ferner in allen den sehr wichtigen Fällen ausgeschlossen, in welchen das Gesetz die persönliche Vornahme des Rechtsaktes

[1]) Verboten ist die gewillkürte Stellvertretung z. B. für die elterliche Einwilligung in Verheiratung des Kindes (§ 1307 Satz 1); für Anfechtung und Bestätigung einer anfechtbaren Ehe (§§ 1336 I Satz 1 und 1337 III); für Anfechtung der Ehelichkeit (§§ 1595 I Satz 1 und 1598 III); für den Antrag des Vaters auf Ehelichkeitserklärung des Kindes und Einwilligung der Mutter des minderjährigen Kindes bezw. der Ehefrau des Antragstellers (§ 1728 I; cf. § 1731); für die Adoption einer über 14 Jahre alten Person (§ 1750 I Satz 1) und für die Einwilligung in die Adoption (§ 1748 II Satz 1; vgl. § 1755) sowie für Anfechtung des Erbvertrages (§ 2282 I Satz 1); für Rücktritt vom Erbvertrage (§ 2296 I Satz 1) und für Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes (§ 2271 Satz 1). Nur dem gesetzlichen Vertreter eines Geschäftsunfähigen bezw. eines beschränkt Geschäftsfähigen gestattet ist die Vertretung beispielsweise: bei Anfechtung der Ehe (§ 1336 II) und der Ehelichkeit (§ 1595 II); bei Einwilligung des Kindes in die Ehelichkeitserklärung (§ 1728 II); bei Anfechtung eines Erbvertrages (§ 2282 II) (wogegen bei der Adoption eines Geschäftsunfähigen und bei gewissen Eheverträgen die „Zustimmung" des gesetzlichen Vertreters erfordert wird, § 1751 I, § 1437 II — Abs. I ibid. schließt den gesetzlichen Vertreter ganz ausdrücklich aus — und dazu §§ 1508 II, 1549).

Digitized by Google

durch den Interessenten beansprucht, wie bei der Eheschließung (§ 1317 I), beim Testament (§ 2064), beim Erbvertrag und seiner Aufhebung (§§ 2274, 2290 II Satz 1), beim Erbverzicht (§ 2347 II Satz 1). Dagegen dürfen hierher nicht diejenigen Fälle gerechnet werden,[1]) in welchen das BGB. anordnet, daß beide Parteien gleichzeitig anwesend sein sollen, wie dies betreffs der Auflassung (§ 925 I) und Bestellung eines Erbbaurechts (§ 1015), betreffs des Ehevertrages (§ 1434) geschieht. (Gleichzeitige Anwesenheit schreibt das Gesetz übrigens auch vor betreffs des Adoptionsvertrages — § 1750 II[2]) — und auch betreffs der bereits erwähnten höchstpersönlich vorzunehmenden Eheschließung — § 1317 a. a. O. — und des Erbvertrages — § 2276 I Satz 1, § 2290 IV —).

Die Disposition unseres fünften Titels ist nun die, daß von Vertretung überhaupt die §§ 164, 165, 166 I sprechen, und desgleichen der § 181, sowie die den falsus procurator betreffenden §§ 177—180, während §§ 166 II, 167—176 allein die Vollmacht erörtern.

Diese Vollmacht ihrerseits darf keineswegs, wie es noch z. B. im ALR. I, 13 § 5 geschieht, identifiziert werden mit dem Auftrage;[3]) denn zwar wird die Vollmacht oft das Mittel zum Zwecke des Auftrages bilden,[4]) indem man denjenigen, welcher eine gewisse Thätigkeit vornehmen soll, dazu am besten mit einer rechtsgeschäftlichen Ermächtigung[5]) zu etwaigen erforderlichen Willenserklärungen (§ 166 II, § 164 I Satz 1) ausrüstet; aber der Auftrag kann sich im Gegensatz zur Vollmacht außer auf Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte auch auf Geschäfte rein thatsächlicher Natur erstrecken (z. B. der Auftrag an das Dienstmädchen, die Stiefel

[1]) Dies thut Endemann S. 344. Richtig dagegen Hellmann S. 102 und Heilfron S. 515 Anm. 10.

[2]) Gerade diese Stelle bietet einen direkten Beweis, daß sich persönliche Anwesenheit der Interessenten und Stellvertretung vertragen, da nach Abs. II erstere als unentbehrlich, aber nach Abs. I Satz 2 für ein noch nicht 14 Jahre altes Kind Vertragsschluß durch den gesetzlichen Vertreter als zulässig erklärt wird.

[3]) Darum denkt BGB. § 1911 I Satz 2 auch an beide Rechtsverhältnisse.

[4]) Vgl. Mot. I S. 228 f.

[5]) Ueber „Ermächtigung" im speziellsten, rechtstechnischen Sinne Heilfron S. 525 Anm. 3 und unten S. 285.

Digitized by Google

zu putzen oder die Einladungskarten auszutragen)[1]) und es gibt, wie die Vollmacht des geschäftsführenden Gesellschafters (§ 714) lehrt, auch Vollmachten ohne Auftrag.[2])

Daß auch das BGB. in der Stellvertretung eine Vertretung im Willen erblickt, beweist § 166, wonach es für die sog. Willensmängel (wie Zwang, Irrtum und Betrug) oder für Kenntnis bezw. fahrlässige Unkenntnis rechtserheblicher Umstände lediglich auf die Person des Vertreters ankommt, in dessen Kopf eben der Wille entstehen soll (wennschon vielleicht, wie beim Auftrage, auf Anstoß seitens des Vertretenen) und nicht auf die Person des Vertretenen.[3])

Andererseits ist gemäß § 165 die Geschäftsfähigkeit nach der Person des Vertretenen zu beurteilen, ebenso wie Veräußerungs- und Erwerbsfähigkeit; daher schadet es nichts,[4]) wenn der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Freilich darf er nicht völlig geschäftsunfähig sein; denn dann wäre ja seine Willenserklärung nach § 105 I nichtig und zum Ersatze einer Willenserklärung des Vertretenen völlig ungeeignet. — Man darf sich somit zwar durch ein 8jähriges, aber nicht durch ein 6jähriges Kind vertreten lassen: dieses darf man höchstens als Boten (BGB. § 120, oben S. 230) verwenden.

Doch wir müssen noch auf den § 164 zurückgreifen. Er proklamiert als Effekt einer Willenserklärung, die wirklich innerhalb der Vertretungskompetenz und wirklich unter einer, allerdings vielleicht nur aus den Umständen ersichtlichen (§ 164 I Satz 2) Auf-

[1]) Der Auftrag, die Stiefel dem Schuhmacher zur Reparatur zu bringen, oder der Auftrag, die Einladungskarten (nach Einkauf von Briefmarken) zur Post zu bringen, kann dagegen zugleich eine Vollmacht zum Geschäftsabschlusse mit dem Handwerker bezw. der Postanstalt involvieren.

[2]) Vgl. Mot. I S. 229. Vgl. im übrigen wegen der einzelnen Unterschiede zwischen Vollmacht und Auftrag Heilfron S. 524 ff., Endemann S. 346 Anm. 2.

[3]) Seine Person kommt aber natürlich in Betracht bei Vollmacht im besonderen für den Akt ihrer Erteilung, so daß ein dabei obwaltender Irrtum zur Anfechtung der Vollmacht selber gegenüber dem Bevollmächtigten führen würde.

[4]) Wenigstens für die Beziehungen des Vertretenen zum Dritten, während für den beschränkt geschäftsfähigen Vertreter selber mangels Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters keine Wirkungen, insbesondere also auch nicht aus § 179 I und II (unten S. 283) eintreten.

Digitized by Google

deckung des Vertretungsverhältnisses abgegeben wurde, wie schon erwähnt, die sog. unmittelbare Stellvertretung, also die Entstehung direkter Berechtigung und Verpflichtung des Vertretenen unter Ausschaltung von Rechtswirkungen für den Vertreter (§ 164 I Satz 1). Für diesen können Rechtswirkungen vielmehr nur in Frage kommen, wenn er falsus procurator im Sinne der §§ 177 ff. war (vgl. unten S. 282) oder wenn sie auf Grund seiner sonstigen Beziehungen zum Vertretenen (etwa wegen eines „Auftrages", oben S. 276) oder zum Dritten Platz greifen. Hat der Vertreter dagegen nicht mit offenen Karten gespielt, sondern (vielleicht nur aus Nachlässigkeit) den Anschein erweckt, in eigenem Namen zu handeln, so darf er sich nicht dahinter verschanzen, daß er in fremdem Namen handeln wollte: das wäre eine Konsequenz, die den Dritten arg schädigen könnte,[1]) und die Verkehrssicherheit gebietet daher, daß der Vertreter persönlich an das Geschäft gebunden ist und als Selbstkontrahent haftet.[2]) Dieses ist der Sinn des wie ein delphischer Spruch klingenden § 164 II.

Übrigens muß auch der Vertreter des Empfängers einer empfangsbedürftigen Willenserklärung (Mahnung, Kündigung, s. oben S. 223) nach § 164 III diese Erklärung offenbar als Vertreter des eigentlichen Adressaten (Darlehnsschuldner, Hauswirten, Mieters) entgegennehmen, widrigenfalls die Erklärung nicht unmittelbar gegen den Adressaten wirkt.

Von der Regel des § 166 I, daß es bei Willensmängeln lediglich auf die Person des Vertreters ankomme, und von der in ihr verkörperten Annahme der sog. „Repräsentationstheorie"[3]) macht § 166 II für den Fall der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht, der „Vollmacht", eine Ausnahme unter der weiteren Voraussetzung, daß der Vertretene dem Vertreter besondere Weisungen gegeben hatte: alsdann kommt auch die Kenntnis bezw. fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen insofern in Betracht, als dieser sich

[1]) Es käme § 116 (Mentalreservation, oben S. 222) in Betracht (vgl. Heilfron S. 523) oder auch der zweite Teil des § 119 I a. A. (oben S. 228).
[2]) Endemann S. 339.
[3]) Vgl. Heilfron S. 518.

Digitized by Google

nun nicht etwa mit der zufälligen Harmlosigkeit des Vertreters verteidigen kann.[1]) — Natürlich darf ferner weder der Vertreter noch der Vertretene eine unzulässige Einwirkung auf den Willensentschluß der Gegenpartei[2]) ausgeübt haben.

Der Schlußparagraph (§ 181)[3]) verbietet im allgemeinen das Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst, so daß also niemand, der Vollmacht zum Einkaufe einer Sache oder zur Aufnahme eines Darlehens erhalten hat, seine eigene Sache verkaufen oder sein eigenes Geld zum Darlehen geben darf.[4]) Ausnahmen von dieser Regel finden zunächst selbstverständlich bei anderweitiger Abrede statt, sodann aber, wenn das Rechtsgeschäft lediglich in Erfüllung einer Verbindlichkeit (z. B. in Bezahlung einer Darlehensschuld des Vormundes an den Mündel) besteht.[5])

§ 56. Insbesondere die Vollmacht.

Wenden wir uns nun zu den Sondernormen der §§ 167—176 über die Vollmacht, deren Begriff wir bereits (S. 273) kennen lernten.

Die Vollmachtserteilung kann in verschiedenen Formen erfolgen: durch ausdrückliche bezw. stillschweigende[6]) Erklärung gegenüber dem Vertreter selber oder durch Erklärung gegenüber dem Dritten, mit welchem durch den Bevollmächtigten unterhandelt werden soll (§ 167 I)[7]) oder auch durch öffentliche Bekanntmachung (§ 171 I). Die Stelle der besonderen Mitteilung an den Dritten vertritt auch der Umstand, daß der Vollmachtgeber dem Vertreter

[1]) Vgl. zu dieser und den verwandten Fragen auch Sauerlandt, Der Irrtum des Stellvertreters nach gemeinem Recht und nach dem Recht des BGB., Erlanger Inaugural-Dissertation, Brandenburg a. H. 1897, insbes. S. 20 ff., 56 ff.

[2]) Zwang, Betrug u. s. w.; s. oben S. 232 ff.

[3]) Vgl. Denkschrift S. 49 f. und vgl. auch § 1795 II und § 1630 II.

[4]) Ein anderes sehr gutes Beispiel bei Cosack S. 227: der Theaterkassierer verkauft an sich selbst ein Billet.

[5]) Aber auch hier ist das Selbstkontrahieren als einseitiger, nicht empfangsbedürftiger Akt irgendwie nach außen sichtbar zu machen. Vgl. Endemann S. 345.

[6]) Vgl. ALR. I, 13 § 131. Vgl. auch BGB. § 714 (unten S. 282).

[7]) Einer Annahme dieser Erklärung seitens des Bevollmächtigten (bezw. des Dritten) bedarf es nicht, es sei denn, daß ein Auftrag im speziellen (vgl. oben S. 276) entstehen soll (§ 662). Mot. I S. 229.

Digitized by Google

eine Vollmachtsurkunde aushändigt und daß der Vertreter diese Urkunde dem Dritten vorlegt (§ 172 I).[1])

Die Bevollmächtigungserklärung bedarf natürlich keiner besonderen Form, auch wenn das vom Vertreter zu vollziehende Geschäft seinerseits einer Formvorschrift unterworfen ist (§ 167 II).[2]) Anders nach ALR. I, 13 § 8, wonach die Erfüllungsklage des Dritten von schriftlicher Erteilung der Vollmacht abhängig ist.

Den verschiedenen Möglichkeiten der Vollmachtserklärung entsprechen die verschiedenen Arten ihrer Zurücknahme, ihres Widerrufs[3]) (vgl. § 168 Satz 3, 170, 171 II, 172 II); das erheischt die Sicherheit des Verkehrs und des Dritten, dem indessen nach § 173 seine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Erlöschens der Vollmacht wirksam entgegengehalten werden darf.

Um aber gegen jeden Mißbrauch geschützt zu sein, insbesondere, wenn die Vollmachtsurkunde verloren gegangen ist oder wenn der Bevollmächtigte seiner Pflicht zur Rückgabe der Urkunde (§ 175) nicht genügt, darf der Vollmachtgeber, die Widerruflichkeit der Vollmacht vorausgesetzt (§ 176 III), die Urkunde für kraftlos erklären lassen (vgl. auch § 172 II); es geschieht dies nach näherer Maßgabe des § 176 I[4]) mittels öffentlicher Bekanntmachung, für deren Bewilligung sachlich das Amtsgericht zuständig ist und betreffs der örtlichen Kompetenz das Forum des Vollmachtgebers mit dem für die Klage auf Rückgabe zuständigen Gerichte konkurriert (§ 176 II).

Eine ganz andere Frage ist die, *ob die Vollmacht überhaupt und ohne weiteres widerrufen werden kann.* Die Ant-

[1]) Vgl. dazu § 370 (Ueberbringer einer Quittung).

[2]) Ausnahmen vgl. für Erbschaftsausschlagung in § 1945 II Satz 1 und für Eintragungen ins Grundbuch in der neuen *Grundbuchordnung* §§ 29 f. Eine Ausnahme (schriftliche Vollmacht) ist aber auch in § 174 Satz 1 (unten S. 281/282) enthalten.

[3]) Die gesetzliche Vertretungsbefugnis erlischt nur mit den gesetzlichen Gründen für Endigung des ganzen Schutzverhältnisses überhaupt bezw. für Absetzung des Vertreters im besonderen. Vgl. BGB. §§ 1679 f., 1683, 1686, §§ 1882 ff. und *Cosack* S. 224.

[4]) Es ist dies eine der mehreren Gesetzesstellen, welche man wohl lieber ins Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gestellt sehen würde. Vgl. *Fischer*, Recht und Rechtsschutz (in den „Beiträgen"; vgl. oben S. 10 Anm. 1) Heft 6 S. 30.

Digitized by Google

wort darauf wird nun in §§ 168 f. dahin gegeben, daß hierfür dasjenige Rechtsverhältnis maßgebend ist, welches der Vollmachtserteilung zu Grunde liegt, also z. B. der Auftrag oder der Gesellschaftsvertrag oder der Dienstvertrag[1]) (§ 168 Satz 1); doch soll (Satz 2) die Widerruflichkeit der Vollmacht die Regel bilden, selbst wenn das Rechtsverhältnis selber fortbesteht; man kann daher z. B. dem Diener oder dem Laufburschen, dem man zwar nicht mehr traut, den man aber nicht entlassen mag, bevor man einen Ersatz gefunden hat, die ihm erteilte Vollmacht zu Einkäufen oder zur Einkassierung von Geldern jederzeit entziehen. — Wenn es sich im speziellen um ein Auftrags- oder Gesellschaftsverhältnis und um einen anderen Erlöschungsgrund als Widerruf handelt (z. B. Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers bezw. eines der Gesellschafter, entsprechend § 672 Satz 1 und § 727 I, oder Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der Gesellschafter, § 728), so gilt zwar das Rechtsverhältnis selbst und darum auch die Vollmacht einstweilen zu Gunsten des Beauftragten bezw. des Gesellschafters als fortbestehend, bis er von jenem Erlöschungsgrunde erfährt (§§ 674[2]) und 729); aber ein Dritter, der den Erlöschungsgrund kennt oder kennen mußte, darf die Vollmacht nicht als fortbestehend betrachten; die Vollmacht wirkt also nur betreffs des Innenverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem weiter, nicht nach außen hin (§ 169).

§ 174 gibt dem Adressaten einer empfangsbedürftigen einseitigen Willenserklärung (wie Kündigung, Mahnung, vgl. oben S. 223) für den Fall, daß er nicht direkt vom Vollmachtgeber über die Erteilung der Vollmacht in Kenntnis gesetzt war (vgl. oben S. 279) eine Möglichkeit, die Legitimation des angeblich Bevollmächtigten zu prüfen: der Adressat besitzt einen Anspruch auf Vorlegung der Vollmachtsurkunde durch den Bevollmächtigten und das

[1]) Dann kämen also entsprechend zur Anwendung §§ 662 ff. (insbes. §§ 671 ff.), §§ 705 ff. (insbes. §§ 723 ff.) und §§ 611 ff. (insbes. §§ 620 ff.).

[2]) § 674 wird zwar auch in § 675 citiert, nicht aber § 675 in § 169. Für die Fälle des § 675 schadet also dem Dritten seine Kenntnis bezw. fahrlässige Unkenntnis nicht.

Digitized by Google

Recht, wenn die Vorlegung unterbleibt, das Geschäft unverzüglich zurückzuweisen und dadurch unwirksam zu machen.[1])

Die dem älteren Recht, speziell auch dem ALR.[2]) geläufigen Begriffe der stillschweigenden und vermuteten Vollmacht, sowie der Unterschied zwischen General- und Spezialvollmacht sind dem BGB. fremd oder begegnen doch nur andeutungsweise in § 714 (der geschäftsführende Gesellschafter hat im Zweifel die Befugnis zur Vertretung der anderen Gesellschafter) und im § 1945 II Satz 1 (ein Bevollmächtigter bedarf für Erbschaftsausschlagung besonderer öffentlich beglaubigter Vollmacht). — Inwieweit man die erwähnten theoretischen Unterscheidungen aufrecht erhalten kann, muß daher der Einzelfall selber ergeben, ebenso wie er darüber entscheidet, ob der Bevollmächtigte[3]) Substitutionsbefugnis besitzt.

§ 57. Insbesondere der falsus procurator.

Vom falsus procurator handeln, wie ich bereits bemerkt habe (oben S. 276), §§ 177 ff. An sich ist es im Verkehr des täglichen Lebens durchaus geboten, daß jemand ein Rechtsgeschäft im Namen eines Andern abschließt, ohne Vertretungsmacht[4]) zu besitzen. Doch unterscheidet das BGB., wie so oft (vgl. oben S. 217), auch hier[5]) zwischen Verträgen (§§ 177—179) und einseitigen Willenserklärungen (§ 180) und hier wieder zwischen empfangsbedürftigen (§ 180 Satz 2 und 3) und nicht empfangsbedürftigen (§ 180 Satz 1). — Bei letzteren ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig (§ 180 Satz 1), weil hier ja keine Gegenpartei vorhanden ist, die nachträglich genehmigen könnte. Das empfangsbedürftige Rechtsgeschäft dagegen wird (§ 180 Satz 2

[1]) Es ist dies eine Erweiterung der schon in ALR. I, 13 §§ 91 f. (vgl. ebenda §§ 140 f.) gegebenen Vorschrift und eine Parallelvorschrift zu BGB. § 111 Satz 2 und 3 (oben S. 117 f.) und zu BGB. § 182 III (unten S. 286).

[2]) ALR. I, 13 §§ 98 ff., 118, 119 ff., 129 ff.

[3]) Der gesetzliche Vertreter (oben S. 273/274) kann sich in seiner Vertretungssphäre keines Substituten bedienen, wohl aber für seinen Schutzbefohlenen einen gewöhnlichen Bevollmächtigten bestellen. Vgl. Cosack S. 224.

[4]) Oder eine soweit reichende Vertretungsmacht (Vollmachtsüberschreitung).

[5]) Und ebenso innerhalb der Sondervorschriften, welche §§ 1829 bis 1832, 1897, 1643, 1686, 1915 I betreffs der Rechtsgeschäfte des Vormundes u. s. w. aufstellen.

Digitized by Google

und 3), ebenso wie die Verträge behandelt (s. daher unten), sofern der Vertreter eine Vertretungsmacht behauptet und der Dritte dies nicht beanstandete, oder sofern er mit dem Auftreten des andern ohne Vertretungsmacht einverstanden war, sich also die Mahnung oder Kündigung u. s. w. gefallen ließ. — Und ebenso liegen die inneren Gründe und daher auch die Folgen, wenn es sich um die Empfangnahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung durch eine unlegitimierte Person mit deren Einverständnis handelt (§ 180 Satz 3).

Was nun insbesondere die falsa procuratio bei Verträgen betrifft, so gilt hier genau (und wörtlich) das Gleiche, wie wenn bei Abschluß eines Vertrages durch eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters fehlt (§ 108 II, oben S. 216): wie dort der Vertragsgegner den gesetzlichen Vertreter (Vormund) zur Erklärung (binnen zwei Wochen) auffordern kann, so kann er hier die Aufforderung an den Vertretenen, den eigentlichen dominus negotii, richten (§ 177 II);[1] und wie dort (§ 109, oben S. 216) kann er auch hier trotz seiner Anfrage vor erfolgter Genehmigung den Vertrag widerrufen,[2] sei es gegenüber dem Vertreter, sei es gegenüber dem Vertretenen; und auch hier fehlt ihm das Widerrufsrecht, wenn er den Mangel der Legitimation bei Abschluß des Vertrages kannte (§ 178).

In letzterem Falle[3] hat die Gegenpartei natürlich auch keinerlei Ersatzansprüche gegen den falsus procurator (§ 179 III Satz 1), während der Vertreter ohne Vertretungsmacht sonst dem andern Teile haftbar ist, sofern der dominus negotii die Ratihabition verweigert. Er haftet nämlich bei eigener Arglosigkeit auf das negative Vertragsinteresse[4] (§ 179 II); wenn er den Mangel der

[1]) Zu § 177 II vgl. auch § 458 I Satz 2.

[2]) Es liegt error in negotio vor; vgl. Heilfron S. 540.

[3]) Und ebenso bei fahrlässiger Unkenntnis der Vertretungsmacht, sowie (§ 179 III Satz 2) bei Mangel der Geschäftsfähigkeit des Vertreters und gleichzeitigem Mangel der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

[4]) Zufolge des deutschrechtlichen „Veranlassungsprinzips"; vgl. auch Heilfron S. 542.

Digitized by Google

Vertretungsmacht dagegen kannte und mithin dolose oder auf eigene Gefahr handelte, so tritt eine schwerere Haftung ein, nämlich nach Wahl des Gegenkontrahenten entweder auf (vollen) Schadensersatz oder sogar auf Erfüllung (§ 179 I).[1])

Welche Folgen zwischen dem falsus procurator und dem Vertretenen selbst eintreten, sagt BGB. a. a. O. nicht, wohl aber in § 677: es liegt Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) vor.

Sechster Titel. § 58. Einwilligung. Genehmigung (Zustimmung).

Wir haben schon mehrfach Gelegenheit gehabt, Thatbestände kennen zu lernen, bei welchen die Vollwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes abhängig ist von der Zustimmung einer andern Person, und wir wissen auch bereits (vgl. oben S. 215/216), daß „Zustimmung" der zusammenfassende Ausdruck ist für das vorherige Einverständnis (für die „Einwilligung"; § 183) und für das nachträgliche Einverständnis (für die „Genehmigung"; § 184 I).[2])

„Einwilligung" des B als Voraussetzung des von A vorgenommenen Rechtsgeschäftes bezw. „Genehmigung" oder „Zustimmung" begegneten uns bereits in §§ 106 ff. (oben S. 215 ff.) betreffs der Willenserklärungen der beschränkt Geschäftsfähigen; „Genehmigung" im besondern begegnete soeben (S. 282) in §§ 177 ff. für Handlungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht. — Weitere Beispiele im BGB.[3]) sind sehr zahlreich: „Zustimmung", „Einwilligung" und „Genehmigung" zugleich erwähnen §§ 1395 ff. für gewisse Dispositionen der Ehefrau (bei gesetzlichem Güterrechtsstande), die das Einverständnis des Ehemannes erheischen, und umgekehrt §§ 1444 ff. für gewisse Dispositionen des Ehemanns (bei allgemeiner vertragsmäßiger Gütergemeinschaft), die das Einverständnis

[1]) Hierdurch wird eine gemeinrechtliche Kontroverse entschieden und eine Mischung aus den Vorschriften des HGB. Art. 55, 298 II (Sächs. Bürg. Gesetzb. § 789) und des ALR. I, 13 §§ 9, 96 f., 128, 171 geboten. Vgl. Denkschrift S. 48.

[2]) Die Terminologie des BGB. ist auch hier nicht ganz fest: in § 1829 I Satz 1 begegnet der Ausdruck „nachträgliche Genehmigung".

[3]) Zur Gruppierung dieser Beispiele vgl. Mot. I S. 245 f. und im Anschluß daran Endemann S. 354 Anm. 1 und Heilfron S. 543 f.

Digitized by Google

der Ehefrau voraussetzen. — Die „Genehmigung" ist ferner erforderlich seitens des Vormundschaftsgerichts für gewisse Handlungen des Vormunds bezw. des Inhabers der elterlichen Gewalt (vgl. §§ 1643 ff., 1809 ff., 1829 ff.).[1] — Die „Einwilligung" gewisser nahestehender Personen spielt ihre Rolle bei Eheschließung, Ehelichkeitserklärung und Adoption (vgl. §§ 1304 ff., 1726, 1746 ff.).[2]

Diese Wichtigkeit der Zustimmung rechtfertigt es, daß das BGB. ihr einen besondern, sechsten Titel im Abschnitt III des ersten Buches widmet, der freilich nur die vier §§ 182—185 umfaßt. Sie weisen manche Ähnlichkeit mit den Regeln über die Vertretung auf, obgleich der logische Unterschied, welcher zwischen beiden Thatbeständen obwaltet, nicht gering ist: denn während der Vertreter statt des andern handelt, handelt derjenige, welcher der Zustimmung bedarf, nur neben dem andern.

Von der Zustimmung zu unterscheiden ist die nachträgliche Genehmigung und Bestätigung eines eigenen unwirksamen Geschäftes (vgl. §§ 108 III, 141 I und II, 144, oben S. 217, 257);[3] ferner die staatliche Genehmigung zur Entstehung einer Stiftung (§ 80 Satz 1 und 2, § 81 II Satz 1 und 2, oben S. 169 f.); sodann die „Ermächtigung" zu gewissen Rechtsgeschäften (§§ 112 f., oben S. 218 f., §§ 1321, 370), das „Einverständnis" (§ 180 Satz 2 und 3, oben S. 282/283), sowie die „Erlaubnis" zu gewissen Handlungen (§ 549 I und II, § 1315 I und II, § 1784, § 1888, oben S. 139 f.).

Was nun die Rechtssätze des BGB. über die Zustimmung, Einwilligung und Genehmigung betrifft, so erfahren wir zunächst, daß diese Erklärungen (bezw. ihre Verweigerung) bei allen Verträgen oder empfangsbedürftigen Willenserklärungen beliebig dem einen oder dem andern Vertragsteile abgegeben werden dürfen (§ 182 I), wogegen bei streng einseitigen Erklärungen, die nicht zu

[1]) Andere Fälle der „Genehmigung" vgl. in § 415 und 1690.

[2]) Andere Fälle der „Einwilligung" vgl. in §§ 2120, 2206 II. „Zustimmung" ist noch erforderlich z. B. nach §§ 458, 876, 1071, 1245 I Satz 2 und 3, 1255 II, 1276, 1286 Satz 2, 1376 ff., 1468 Nr. 1, 1516 I und II, 1517 I.

[3]) Vgl. Heilfron S. 545 Anm. 4.

Digitized by Google

den empfangsbedürftigen gehören (wie Testament; vgl. oben S. 223) von dem Erfordernis der Zustimmung eines Dritten keine Rede sein kann.[1])

Von dem Grundsatze des § 182 I kennen wir jedoch schon eine Ausnahme in § 108 II Satz 1 und in dem ihm verwandten § 177 II Satz 1 (oben S. 217, 283). Andere Fälle, wonach die Erklärung nur einer bestimmten Person bezw. Behörde gegenüber statthaft ist, bieten §§ 1245 I Satz 3, 1255 II Satz 2, 1276 I Satz 2, 1396 II Satz 1, 1828.[2]) — Auch von dem Grundsatze des § 182 II (Formlosigkeit der Erklärung, wie bei der Vollmacht, oben S. 279) gibt es Ausnahmen in §§ 1945 I und 2120 Satz 2 sowie generell in § 182 III insofern, als ein Dritter, von dessen Zustimmung die Wirksamkeit eines einseitigen Rechtsgeschäftes abhängig ist, Vorlegung einer schriftlichen Einwilligungserklärung verlangen darf (§ 111 Satz 2 und 3 und dazu oben S. 217/218, sowie vergleichsweise § 174 und dazu oben S. 281).[3])

Bisweilen läßt das Gesetz eine Supplierung der verweigerten Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht zu. Vgl. §§ 1304 II, 1308 I; vgl. auch 1690 II.

Während die Einwilligung als vorherige Zustimmung im allgemeinen widerrufen werden kann, so ist bei der Genehmigung als nachträglicher Zustimmung ein Widerruf nicht denkbar. Aber auch von der Widerruflichkeit der Einwilligung (§ 183) kennt das Gesetz Ausnahmen: sofern das der Einwilligung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis[4]) den Widerruf ausschließt (§ 183 Satz 1) und sofern das Gesetz die Zustimmung ausdrücklich für unwiderruflich erklärt, was in §§ 876 Satz 3, 1245 I Satz 3, 1255 II Satz 2, 1276 I Satz 2[5]) geschehen ist.

---

[1]) Das BGB. schweigt daher über diese Erklärungen.

[2]) Nicht § 1804, wie ein Druckfehler bei Endemann S. 354 Anm. 2 besagt.

[3]) Vgl. zu § 1829 I Satz 2 (und darum auch zu §§ 1643 III, 1690 I Satz 3, 1832) Cosack S. 233 sub 2 c.

[4]) d. h. seine prinzipielle Natur oder besondere Abrede.

[5]) Vgl. ferner §§ 1071 I Satz 2, 1516 II Satz 4, 1517 I Satz 2, 1726 II, 1748 I.

Digitized by Google

Die Genehmigung hat (im Gegensatze zur Bedingung, vgl. oben S. 268) im Zweifel rückwirkende Kraft (§ 184 I), aber nicht zu Ungunsten solcher Verfügungen, welche der Genehmigende selbst vorher über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts getroffen hatte oder welche aus seinem Rechte zu seinen Ungunsten auf Grund einer Zwangsvollstreckung, einer Arrestvollziehung oder einer Maßnahme des Konkursverwalters getroffen waren (§ 184 II). Dies erklärt sich aus dem Bedürfnisse eines Schutzes Dritter und ihrer wohlerworbenen Rechte; die prinzipielle Rückwirkung, die übrigens auch das gemeine Recht und das preußische Recht statuierte,[1] ihrerseits erklärt sich daraus, daß das der Vollwirksamkeit des Rechtsgeschäftes (z. B. des vom Minderjährigen geschlossenen Kaufvertrages) entgegenstehende Hindernis mangelnder Zustimmung seines Vormundes nun gehoben ist.

§ 185[2] unterscheidet betreffs der Verfügungen Nichtberechtigter über einen Gegenstand die von Anfang an vorliegende Wirksamkeit („Eine Verfügung . . . . ist wirksam") bei Einwilligung des Berechtigten (§ 185 I) — z. B. des Eigentümers der von einem andern verkauften Sache — und die nachträgliche Wirksamkeit („die Verfügung wird wirksam"), die sog. Konvaleszenz (§ 185 II); § 185 faßt aber beide Male nur Verfügungen in eigenem Namen und eigenem Interesse ins Auge,[3] nicht Verfügungen in fremdem Namen oder in fremdem Interesse.[4] — Die Konvaleszenz mit ihrer absoluten, dinglichen Wirkung nach außen hin tritt ein: zunächst bei „Genehmigung" seitens des eigentlich Berechtigten und[5] sodann bei späterem Erwerbe des Gegenstandes durch den ursprünglich nicht Berechtigten, sowie bei späterer Beerbung des Nichtberechtigten durch

[1] Windscheid I § 83 S. 226/227, Dernburg, Pandekten I § 84 S. 196 und wegen des Preußischen Rechts die Zusammenstellung landrechtlicher Bestimmungen bei Foerster-Eccius I § 42 a. E. S. 207/208.

[2] Zu § 185 vgl. auch § 362 II.

[3] Vgl. Heilfron S. 547 Anm. 7.

[4] Es kämen alsdann vielmehr §§ 177 ff. (oben S. 282) bezw. §§ 677 ff. (oben S. 284) zur Anwendung.

[5] Hier allerdings geht unter mehreren disharmonierenden Verfügungen über den Gegenstand (etwa seitens des Nichtberechtigten und seitens seines Erben, der der Berechtigte ist) die ältere vor (§ 185 II Satz 2).

Digitized by Google

den Berechtigten, es sei denn, daß dieser durch Inventarserrichtung der successio in omne jus defuncti und der Vermischung des Nachlasses mit seinem eigenen Vermögen vorgebeugt hat.

Damit verlassen wir den dritten, den „Rechtsgeschäften" gewidmeten Abschnitt des ersten Buches, der auch vom Standpunkt der wissenschaftlichen Betrachtung als ziemlich erschöpfend bezeichnet werden darf, weil er im wesentlichen alle diejenigen Fragen berührt, welche man in den systematischen Erörterungen anzutreffen gewöhnt ist.[1])

Vierter Abschnitt. § 59. Fristen. Termine.

Daß im Vierten Abschnitt mit seinen 8 §§ 186—193 nur „Auslegungsregeln" über Fristen und Termine gegeben werden sollen vorbehaltlich anderen Parteiwillens (BGB. §§ 133, 157, oben S. 247 und 262), deutet gleich § 186 an und wissen wir bereits aus anderm Zusammenhange (oben S. 248).

Frist- und Terminsbestimmungen spielen im Rechtsleben eine sehr wichtige Rolle und begegnen, wie § 186 selber hervorhebt, sowohl bei Gesetzen wie bei gerichtlichen Verfügungen, wie endlich auf Grund von Rechtsgeschäften.

Gesetzliche Fristen sind z. B.[2]) die Gewährleistungsfristen („Gewährfristen", §§ 482 ff.), die gesetzlichen Kündigungsfristen (vgl. §§ 549 I Satz 2, 565 ff., 609 II, 621 ff.), die Anfechtungsfristen (§§ 124 I—III, 1339, 1954, 2082, 2283, 2340 III), gewisse Vorlegungsfristen (§§ 801, 804 I), gewisse Klagefristen (§§ 1571 f.; vgl. §§ 212 II Satz 1 und 215 II Satz 1), gewisse Erklärungsfristen (vgl. §§ 108 II Satz 2, 177 II Satz 2, 458 I Satz 2, 1396 II Satz 2, 1448 II Satz 2, 1829 II), sowie vor allem auch die Verjährungsfristen[3]) (§§ 195 ff.) und die Ersitzungsfrist (§ 937 I). Rechtsgeschäftliche Fristen sind insbesondere[4]) die vertragsmäßigen

[1]) Ueber die ergänzenden Bemerkungen in den Mot. und in der bisherigen Litteratur vgl. oben S. 213 Anm. 6.

[2]) Vgl. ferner etwa §§ 51, 63, 73 I Satz 1, 203 I, 210 Satz 1, 503 Satz 1, 510 II Satz 1, 973 f., 1234 II Satz 1, 1944, 2109, 2252.

[3]) Ueber den Unterschied zwischen Verjährung und Präklusivfrist und über die einzelnen Verjährungsfristen unten S. 292.

[4]) Vgl. ferner etwa §§ 361, 2061 I.

Digitized by Google

Kündigungsfristen (vgl. §§ 564 I, 620 I, 723 I a. E., 749 II Satz 2), sowie die vom Gegner gesetzten („angemessenen") Fristen;[1]) diese lassen sich wiederum trennen in Erklärungsfristen (z. B. in §§ 264 II Satz 1, 355 Satz 1, 466 Satz 1, 1003 I und II)[2]) und Fristen zur Vornahme bestimmter Handlungen[3]) (vgl. §§ 283 I Satz 1, 326 I Satz 1, 354 Satz 1, 542 I Satz 2, 634 I und II, 643 Satz 1, 658 II, 910 I Satz 2). Zur Gültigkeit der Auslobung (Preisbewerbung) ist sogar die Angabe einer Bewerbungsfrist unentbehrlich; vgl. § 661 I. Vom Richter[4]) gesetzte Fristen sind neben der Inventarfrist (§§ 1994 ff.) z. B. in §§ 1052 I Satz 2, 1965 I, 2151 III Satz 2, 2198 II, 2202 III zu finden. — Mit den gesetzlichen Fristen verwandt, aber für BGB. Buch I Abschn. IV ohne Interesse ist die im Gesetz sehr oft (z. B. in §§ 121 I Satz 1, 149 Satz 1, 174 Satz 1, 1831 Satz 2) begegnende Notwendigkeit, eine Rechtshandlung „unverzüglich" vorzunehmen.

Die Interpretationsregeln der §§ 187—193 schließen sich nun im wesentlichen den Vorgängen des neueren deutschen Privatrechts (insbesondere[5]) Wechselordnung, Handelsgesetzbuch, Civil- und Strafprozeßordnung)[6]) an und stimmen im allgemeinen auch mit den Vorschriften des ALR.[7]) überein, bedürfen also blos flüchtiger Betrachtung, zumal sie nur den Niederschlag der herrschenden Verkehrsauffassung bilden.

§ 187 I verkündet das Prinzip der sog. Civilkomputation, welche lediglich a die ad diem rechnet und nicht, wie die Naturalkomputation, a momento ad momentum unter Berücksichtigung

[1]) Hiermit „bietet uns das BGB. . . . . eine Neuschöpfung und keine seiner schlechtesten" (Hachenburg S. 52). Vgl. auch oben S. 75 Anm. 1.

[2]) Vgl. ferner §§ 1056 III, 1347 II, § 2307 II.

[3]) Ferner §§ 1133 Satz 1, 1220 I Satz 2, 2193 II.

[4]) Eine von einer Behörde gesetzte Frist begegnet in §§ 976 II Satz 2, 980 I. Auch auf sie dürften die Vorschriften der §§ 186 ff. Anwendung finden.

[5]) Vgl. auch StGB. §§ 19 I.

[6]) Vgl. Wechselordnung Art. 32, Handelsgesetzbuch Art. 328 ff., Civilprozeßordnung §§ 199 f., Strafprozeßordnung §§ 42 f.

[7]) Vgl. ALR. I, 3 §§ 45 ff. (wegen §§ 46 f. unten S. 290 Anm. 3). Die ebenda § 49 erwähnte Frist von „Jahr und Tag", die selbst für ALR. nur ausnahmsweise von Bedeutung war (I, 18 §§ 121, 372), ist jetzt völlig unerheblich. Vgl. auch Mot. I S. 285.

Digitized by Google

des Umstandes, daß die Frist genau genommen in einem vielleicht ganz präzise fixierbaren Augenblicke zwischen Mitternacht und Mitternacht (etwa morgens 8 Uhr 43 Minuten 17 Sekunden) begonnen hatte. Doch macht Abs. II zwei Ausnahmen: Einmal (Satz 2) bei Berechnung des Lebensalters: für den am 1. Januar 1900 abends 11 Uhr Geborenen beginnt die Berechnung der zur Volljährigkeit erforderlichen 21 Lebenjahre also nicht erst am 2. Januar 1900, wie es die Anwendung des Abs. I gebieten würde, und endet daher nicht erst am Schluß des 1. Januar 1921, sondern in diese Frist wird schon der Tag der Geburt selber, der 1. Januar 1900, mitgerechnet, die Volljährigkeit tritt also ein und die Minderjährigkeit ist beendet, wenn die Sylvesterglocken zum Jahreswechsel 1920/1921 läuten.[1]) Sodann greift die gleiche Ausnahme Platz (nach § 187 II Satz 1), wenn die Frist offenbar mit dem kritischen Tage beginnen *sollte*, so die auf ein Jahr abgeschlossene Wohnungsmiete mit dem 1. April selber: dann endet das Mietsjahr eben am nächsten 31. März.

§ 188 I ist dazu bestimmt, die Dissonanz aufzulösen, welche im gemeinen[2]) und preußischen[3]) Recht deshalb eintrat, weil man für den *Erwerb* eines Rechts den Anfang, für den Verlust eines Rechts bezw. für die Erfüllung einer Pflicht den Schluß des kritischen Tages als maßgebend betrachtete. Jetzt entscheidet nach beiden Richtungen der *Ablauf*. — § 188 zieht die Konsequenz der in § 187 entwickelten Grundsätze, und zwar in Abs. I für solche Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, in Abs. II für die nach längeren Zeitabschnitten bestimmten Fristen; Abs. III bietet eine praktische Aushilfsmaßregel.

Die Fristen sind im allgemeinen als ‚tempus continuum' zu rechnen, d. h. es bleibt gleichgültig, ob der Ausübung des fraglichen Rechts vielleicht inzwischen einmal ein Hindernis entgegenstand. Doch kann ja der Parteiwille das Gegenteil intendiert haben, z. B.

[1]) Vgl. oben S. 103 Anm. 1.

[2]) *Dernburg* Bd. I § 89 S. 210/11 Anderer Ansicht allerdings *Windscheid* § 103 S. 203/204 Note 12/14.

[3]) ALR. I, 3 §§ 46 f., vgl. oben S. 289 Anm. 7.

Digitized by Google

wenn ein Schauspieler kontraktmäßig zu Gastspielen im ganzen drei Monate Urlaub während des Winterhalbjahres[1]) bedungen hat; oder wenn ein Geschäftsreisender kontraktlich verpflichtet ist, im Kalenderjahr neun Monate auf Reisen zu sein. Dann wird die Zeit als sog. ‚tempus utile' betrachtet und demgemäß (§ 191) der Monat zu 30 (statt event. 31 oder 28) Tagen und das Jahr zu 365 (statt event. 366) Tagen gerechnet.

Dies tempus utile schimmert auch durch die Vorschrift des § 193 hindurch, welche erst den nächstfolgenden Werktag entscheiden läßt, wenn der bestimmte Termin oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder auf einen in der betreffenden Gegend von Staatswegen anerkannten allgemeinen Feiertag fällt. Auch das entspricht der herrschenden Verkehrsanschauung, namentlich, seitdem die Vorschriften über die Sonntagsruhe so bedeutend verschärft sind,[2]) und letzteres war der Grund, weshalb die Reichstagskommission[3]) diese in der ersten Lesung noch gänzlich fehlende Bestimmung über die Vorschläge der Reichstagsvorlage hinaus[4]) nicht blos auf die an einem solchen Tage fälligen Leistungen, sondern auf alle an einem solchen Tage abzugebenden Willenserklärungen erstreckte. Daher kann der Mieter, wenn der Neujahrstag auf einen Sonnabend fällt, nicht nur mit der Mietszahlung, sondern auch mit der Kündigung bis zum 3. Januar warten, falls als äußerster Kündigungstermin der erste Tag des letzten Mietsquartals bestimmt worden ist, und die gleiche Annehmlichkeit genießt fortab der Vermieter.[5])

Fünfter Abschnitt. § 60. Die Verjährung.

Ein besonders glänzendes Verdienst hat sich das BGB. dadurch erworben, daß es in dem die Verjährung[6]) betreffenden

[1]) Vgl. zu diesen Beispielen Mot. I S. 286.

[2]) Reichsgesetz vom 1. Juni 1891 (Novelle zur Gewerbe-Ordnung §§ 105a bis i).

[3]) Vgl. Bericht der Reichstagskommission I S. 49 f.

[4]) Vgl. auch Kommissionsprot. S. 192.

[5]) Das beeinträchtigt nun aber wiederum den Mieter; vgl. darüber sehr zutreffend Endemann S. 253 Anm. 8 a. E.

[6]) Vgl. als Spezialuntersuchung zur 2. Lesung Hoelder im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 11 (1896) S. 217 ff.

Digitized by Google

5. Abschnitt mit seinen 32 §§ 194—225 nicht blos viele partikulare Rechtsverschiedenheiten[1]) beseitigt und nicht nur manche ältere Kontroverse positiv entschieden, sondern auch die ganze Lehre von der Verjährung in eine klare, einfache Form gegossen hat. Während das ältere gemeine Recht von den Glossatoren bis v. Savigny[2]) und so denn auch das ALR.[3]) mehrere Rechtsinstitute, bei welchen der Zeitablauf eine Einwirkung auf die Rechtslage äußert, mit einander konfundierte und insbesondere die eigentliche Verjährung und die Ersitzung als erwerbende und erlöschende Verjährung unter gewisse übergeordnete Regeln bringen zu müssen glaubte, ist jetzt beides prinzipiell und begrifflich getrennt worden (vgl. BGB. Buch I Abschn. V §§ 194 ff. einerseits und Buch III Abschn. III Tit. 3 Nr. II §§ 937 ff. andererseits). Ferner wird von der sog. Immemorialverjährung[4]) (durch „unvordenkliche Zeit") gänzlich geschwiegen, womit freilich schon das ALR. vorbildlich vorangegangen war.

Auch hat das BGB. den Unterschied zwischen Verjährung und Präklusivfrist scharf und konsequent durchgeführt. Dieser Unterschied geht dahin, daß die Präklusivfrist eine auflösende Befristung darstellt, die dem Rechte von Anbeginn an derartig innewohnt, daß mit Eintritt des Schlußtermins das Recht ganz von selbst erlischt, während ein der Verjährung unterworfene Anspruch an sich eine zeitliche Begrenzung nicht hat und nur infolge der Unthätigkeit des Berechtigten schließlich erlischt. Seine praktische Bedeutung äußert der Unterschied zwischen Verjährung und Präklusiv-

— Das Büchlein von Trost, Fristen und Verjährungen nach dem Deutschen BGB., Berlin 1897, enthält nichts als einen Abdruck derjenigen Gesetzesparagraphen, in denen der Einfluß der Zeit zu Tage tritt, und p. IX eine Uebersichtstafel. Dabei werden aber auch die Altersstufen (vgl. oben S. 106 ff.) als Fristen bezeichnet!

[1]) Vgl. die große Liste der deutschen Spezialgesetze über die Verjährung in den Mot. I S. 288 ff.

[2]) Vgl. auch Heilfron S. 575 f.

[3]) Vgl. ALR. I, 9 §§ 500 ff., 535 ff., 579 ff. und 629 ff.

[4]) Vgl. insbesondere Heilfron S. 578 ff., 581 Anm. 2 und daselbst S. 582, sowie bei Planck S. 244 Anm. 4 die richtige Bemerkung, daß die Immemorialverjährung freilich noch durch EBGB. Art. 65, 113 ihre Bedeutung für wasser- und wegerechtliche Verhältnisse behalten hat.

Digitized by Google

frist namentlich darin, daß die Präklusivfrist ex officio berücksichtigt werden muß,[1]) die Verjährung nur auf Einrede der Partei, und daß die Verjährung nur (dingliche[2]) oder persönliche) „Ansprüche" (in dem in § 194 I definierten Sinne)[3]) betrifft, nicht gleich der Präklusivfrist Rechte aller Art.[4]) Wo der Gesetzgeber die später zu besprechenden Hemmungsgründe der Verjährung auch bei der Präklusivfrist für angebracht hielt, hat er darum den Vorschriften der §§ 203, 206 f. ausdrücklich die Anwendbarkeit auch auf die betreffende Präklusivfrist zugesprochen. (Vgl. darüber Genaueres unten S. 299 f.)

Die Verjährbarkeit der Ansprüche bildet eine auf Berücksichtigung des Verkehrsbedürfnisses beruhende Regel. Ansprüche, welche vermutlich schon getilgt sind, deren Tilgung aber nach einer Reihe von Jahren nicht mehr bewiesen werden kann, weil die etwaigen Zeugen nicht mehr am Leben oder die Dokumente (insbesondere Quittungen) nicht mehr vorgefunden werden können, sollen den Schuldner nicht mehr beunruhigen; und wenn der Anspruch ausnahmsweise doch noch Gültigkeit besitzt, so soll der Gläubiger, welcher ihn solange unverwertet ließ, seine Saumseligkeit büßen.

Dennoch erkennt das Recht die Notwendigkeit an, einige Ansprüche der Verjährbarkeit gänzlich zu entziehen. So gleich nach § 194 II gewisse familienrechtliche Ansprüche;[5]) ferner aus dem Sachenrecht: wegen der publica fides des Grundbuchs die

---

[1]) Vgl. dazu auch Heilfron S. 572 Anm.

[2]) Vgl. Mot. I S. 292.

[3]) Der Ausdruck „Anspruch" weist auf die materiell-rechtliche Seite im Gegensatze zur formell-rechtlichen Seite (zur Klage). — Vgl. dazu auch Mot. I S. 288 ff., Endemann S. 32, 387, Planck S. 47/48, Cosack S. 254, Hellmann S. 194/195 und auch Fischer, Recht und Rechtsschutz (Heft 6 der oben S. 10 Anm. 1 erwähnten Beiträge) S. 64 ff.

[4]) Z. B. das Anfechtungsrecht aus § 121 II, § 124 I und III, das Widerrufsrecht aus § 532 Satz 1, das Eigentumsrecht des Verlierers aus § 973, das Klagerecht aus § 1571 I. Vgl. Hellmann S. 219.

[5]) Beispiele sind, wie die Mot. I S. 294 f. selbst zugeben, nur sehr spärlich und sehr untergeordneter Natur. Vgl. BGB. §§ 1353 II Satz 1, 1356, 1360, 1427 f., 1601 ff., 1617, 1897 (1800, 1632). Vgl. übrigens Hellmann S. 208 f., Endemann S. 388 Anm. 8, Planck S. 244/245, sowie auch BGB. § 200 Satz 2.

Digitized by Google

Ansprüche, welche ins Grundbuch eingetragen sind[1]) oder derentwegen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (§ 902 I Satz 1, II); Ansprüche auf Berichtigung des Grundbuchs (§ 898) und eine Reihe nachbarrechtlicher Ansprüche (§ 924) — z. B. auf Herstellung eines Notwegs (§§ 917 I, 918 II), auf Abmarkung (§ 199) und Grenzregulierung (§ 920) — die ihre Basis im Interesse der Allgemeinheit haben; aus dem Obligationenrecht endlich ist unverjährbar der Anspruch auf Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 758):[2]) denn niemand soll wie ein Galeerensklave lebenslang an den (die) andern Teilhaber der Gemeinschaft gekettet sein.[3])

Wie die Verjährung und ihre Ausnahmen aus Berücksichtigung des Allgemeinwohls und Zurückstellung des Einzelinteresses entspringen, so auch die Vorschrift (§ 225), daß die Verjährung durch Parteiwillkür nicht ausgeschlossen, ja nicht einmal an erschwerte Bedingungen geknüpft (wohl aber natürlich erleichtert) werden darf: eine Vorschrift, die im Vergleiche zum ALR. I, 9 §§ 565 ff., welches nur besondere Formerfordernisse (gerichtliche Verlautbarung bezw. grundbuchmäßige Eintragung) verlangte, sehr scharf ist, da ihre Verletzung Nichtigkeit dieser verbotswidrigen Abrede zur Folge hat (§ 134, oben S. 250).[4])

Die normale Verjährungsfrist hat der Gesetzgeber (§ 195) wie im älteren Recht auf 30 Jahre festgesetzt,[5]) und in Anbetracht dieser weiten Zeitspanne hat er auch kein Bedenken getragen, die restitutio in integrum und ähnliche Rechtsbehelfe zu beseitigen.[6]) Diese normale Verjährungsfrist greift auch Platz für judikatmäßig festgestellte oder diesen verwandte Ansprüche (§§ 218 ff.); da bei derartig festgestellten Ansprüchen eine Besorgnis der Verdunkelung für die nunmehrige 30jährige Frist ausgeschlossen ist, so konnte diese Frist auch Anwendung finden auf solche Ansprüche,

[1]) Vgl. aber eine Ausnahme in § 1028 I.

[2]) Dazu wegen der Auseinandersetzung der Miterben § 2042 II.

[3]) Ihre Natur entzieht der Verjährbarkeit die Feststellungsklagen. Vgl. Mot. I S. 295.

[4]) Vgl. aber Ausnahmen in §§ 477 I Satz 2, 638 II.

[5]) Vgl. auch Hachenburg S. 48.

[6]) Vgl. Denkschrift S. 51.

Digitized by Google

welche an sich wegen der besonders hohen Gefahr schneller Verdunkelung schon in kürzerer Zeit verjähren würden.

Das BGB. stellt nämlich eine große Reihe Ausnahmen[1]) von der 30jährigen Frist auf, durchweg aber nur in der Richtung auf ihre Herabsetzung:[2]) Zunächst entsprechend gesetzgeberischen Vorgängen des Partikularrechts (vgl. das Preuß. Gesetz vom 31. März 1838)[3]) in § 196 (einem Katalog mit 17 Nummern) und in § 197, indem gewisse Forderungen des täglichen Verkehrslebens bereits in 2[4]) bezw. 4 Jahren verjähren. Die zweijährige Verjährungsfrist begegnet außer in § 196 I auch noch in §§ 801 I Satz 2, 1302, EBGB. Art. 42 Nr. III § 8 Satz 1,[5]) die vierjährige Verjährungsfrist — für welche insbesondere auch § 196 II von Wichtigkeit ist — auch noch in § 804 I Satz 3 und ferner, obwohl es sich nicht um wiederkehrende Prästationen wie hier und in § 197[6]) handelt, in § 1715 III Satz 1 (vgl. dazu oben S. 63). Andere Jahresfristen[7]) sind die dreijährige der §§ 786, 2287 II und 2332 II,[8]) sowie die einjährige des § 1623 Satz 2[9];) Monatsfristen von 6 Monaten[10]) begegnen wegen mehrerer Ersatzansprüche in §§ 558 I, 606 Satz 1, 1057 Satz 1 und 1226 Satz 1 bei Miete,

[1]) Vgl. auch Joseph, zur Auslegung der §§ 196, 197 des BGB. (in Gruchots Beitr. Jahrg. 42 [1898] S. 1—15).

[2]) Das gemeine und auch das preußische Recht (ALR. I, 9 § 629) kannten auch Fristen von 40 bezw. 44 Jahren.

[3]) Ges.Samml. S. 249. Doch betrifft dies Gesetz teils andere Ansprüche, teils läßt es einige der in BGB. § 196 genannten Forderungen erst in 4 Jahren verjähren.

[4]) Der Vorschlag, eine nur einjährige Frist festzusetzen, um übermäßigem Kreditieren vorzubeugen, wurde, weil hierdurch doch kaum radikale Abhilfe erfolgt wäre (BGB. §§ 202 I, 208), abgelehnt. Vgl. Denkschrift S. 52.

[5]) In anderem Sinne werden 2 Jahre erwähnt in §§ 39 II, 1854 II Satz 1, 1981 II Satz 2.

[6]) Zu diesem und seiner vierjährigen Frist vgl. aber §§ 223 III und 1171 I Satz 2. — Vierjährige Fristen überhaupt vgl. noch in § 801 II; vgl. auch § 1902 II Satz 1.

[7]) Eine fünfjährige Frist nennt der später zu besprechende § 638 I Satz 1. — Vgl. übrigens auch § 1854 II Satz 2, 1309 II, 1974 I Satz 1, 2060 Nr. 2.

[8]) Wegen § 2332 I, sowie wegen § 852 I vgl. weiter unten. — Dreijährige Zeitabschnitte bezw. Fristen überhaupt z. B. noch in § 503 Satz 1, 977 Satz 2, 1324 II Satz 1, 1569, 1840 III.

[9]) Wegen anderer Fristen von einem Jahre (§§ 477, 638 I) vgl. unten.

[10]) Vgl. ebenfalls §§ 477, 638.

Digitized by Google

Leihe, Nießbrauch und Mobiliarpfand; eine sechswöchentliche Frist stellt § 490 I Satz 1 (§§ 491 Satz 2, 492) auf. — Bisweilen findet sich eine doppelte bezw. dreifache Reihe von Fristen, und zwar teils nach dem Objekte verschieden, an welches der Anspruch anknüpft (§§ 477 I Satz 1,[1]) 638 I Satz 1), teils darnach, ob der Anspruchsberechtigte den Anspruch kannte oder nicht (§§ 852 I und 2332 I).

Die für jede Frist und so auch für die Verjährungsfristen wichtige Frage, wann ihr Lauf beginnt, beantworten §§ 198 bis 201. Darnach ist der reguläre Anfangspunkt identisch mit dem Momente der actio nata, d. h. (§ 198) für den auf ein facere gerichteten Anspruch ist also seine Entstehung, für den auf ein omittere gerichteten die Zuwiderhandlung maßgebend. Die Verjährung beginnt aber bereits früher (§ 199 Satz 1) bei solchen Ansprüchen, deren Entstehung insofern vom Willen des Berechtigten abhängig ist, als sie erst eine Kündigung voraussetzen;[2]) bei Ansprüchen, welche sogar den Ablauf einer bestimmten Frist nach der Kündigung voraussetzen, schiebt sich der Beginn der Verjährung um diese Frist hinaus (§ 199 Satz 2).[3])[4]) — Den neuen Verjährungsgesetzen nachgebildet ist die Bestimmung (§ 201), daß bei den kurzen Verjährungsfristen der Forderungen des täglichen Verkehrs als kritischer Moment der 31. Dezember nach dem eigentlichen Anfangspunkte der Verjährung gilt. Dieser Grundsatz wird jedoch bei solchen Forderungen modifiziert, bei welchen der Anspruch erst fällig ist nach Ablauf einer über den 31. Dezember reichenden Frist; hier

---

[1]) Vgl. dazu § 480 I Satz 2, 490 I Satz 2, 524 II a. E.

[2]) Beispiel: ein sofort nach der Kündigung rückzahlbares Darlehen; auch wenn die Kündigung selbst bis zum nächsten Quartalsersten ausgeschlossen war, greift § 199 Satz 1 Platz.

[3]) Beispiel: Ein nach halbjähriger Kündigung binnen 3 Tagen rückzahlbares Darlehen ist am 20. Januar gegeben worden. Dann beginnt die Kündigungsmöglichkeit bereits am 20. Januar und die Rückzahlungsfrist am 21. (nicht schon, vgl. § 187 I, oben S. 289, am 20.) Juli; die Verjährung läuft also zufolge §§ 188 II und § 199 Satz 2 erst vom 24. Juli ab. Man kann auch so rechnen: An sich beginnt die Verjährung zufolge § 199 Satz 2 bereits am 24. Januar, wegen der halbjährigen Frist wird der Beginn aber nach § 199 Satz 1 bis zum 24. Juli hinausgeschoben.

[4]) Vgl. hierzu und zu anderen Fällen insbesondere auch Heilfron S. 591 ff.

Digitized by Google

wird der Anfang auf den 31. Dezember desjenigen Jahres gestellt, in welchem diese Frist ablief.

Besondere Anfangstermine des Fristlaufs bieten außer den schon erwähnten §§ 558 (II), 606 (Satz 2), 1057 (Satz 2) und 1226 (Satz 2), sowie den gleichfalls erwähnten §§ 477 I Satz 1 (§§ 480, 490 I Satz 1 und 2), 638 I Satz 2, 801 I Satz 2, 852 I, 1302, 1715 III Satz 2, 2287 II, 2332 I und II und EBGB. Art. 42 III § 8 Satz 1 noch BGB. § 492 Satz 2 und vor allem § 200 Satz 1.[1])

Daß die Sache, betreffs deren ein dinglicher Anspruch im besondern besteht, im Laufe der Verjährungsfrist ihren Besitzer durch Rechtsnachfolge (z. B. Erbgang, aber auch Singularsuccession, wie beim Kaufe) gewechselt hat, ist gleichgiltig. Denn es tritt accessio temporis zu Gunsten des Rechtsnachfolgers ein (§ 221).

Der Verjährung können sich aber Hindernisse entgegenstellen[2]) und zwar kann die Verjährung selber gänzlich oder zeitweilig gehemmt werden oder es kann der Lauf der Frist unterbrochen werden.[3]) Die Hemmung der Verjährung zieht die Wirkung[4]) nach sich, daß derjenige Zeitraum, welchen die Hemmung umfaßt, nicht zu Ungunsten des Anspruchsberechtigten angerechnet wird (BGB. § 205: die Verjährung ruht, praescriptio dormit); die Unterbrechung der Verjährung hat zur Folge, daß die ganze bisher verstrichene Zeit außer Betracht bleibt und daß — nach Endigung der Unterbrechung — eine neue Verjährung mit der ganzen gesetzlichen Frist beginnen muß (BGB. § 217: praescriptio interrumpitur).

Im übrigen trifft das Gesetzbuch betreffs der Hemmung (in §§ 202 ff., 206 f.) nur noch Bestimmungen über die Hemmungs-

---

[1]) § 200 Satz 1 identifiziert bei Ansprüchen, welche von der Geltendmachung eines Anfechtungsrechts (oben S. 229 ff.) abhängen, den Augenblick der Zulässigkeit der Anfechtung mit dem Augenblicke des Verjährungsbeginnes. Vgl. Genaueres hierzu namentlich bei Planck S. 250 f.

[2]) Vgl. auch § 2031 I Satz 2.

[3]) Zu beiden Fällen vgl. § 477 III (639 I).

[4]) Wegen der Wirkung vgl. auch §§ § 477 III (639 I) und 939.

Digitized by Google

gründe. Diese lassen sich in objektive Gründe einteilen, welche bei Ansprüchen jeglicher Art Platz greifen (§§ 202 f.) und in solche Gründe, bei welchen mehr subjektive Momente in der Person des Verpflichteten (§§ 204, 206) bezw. die Qualität des Anspruchs Berücksichtigung finden.

Objektive (thatsächliche)[1] Hemmungsgründe sind: das justitium bezw. eine andere auf höherer Gewalt[2] beruhende Verhinderung, in den letzten 6 Monaten der Verjährungsfrist den Anspruch gerichtlich zu verfolgen (§ 203); ferner Stundung bezw. eine andere Veranlassung zur Berechtigung des Schuldners, die Leistung zeitweilig zu verweigern (§ 202 I), z. B.[3] verzögernde (dilatorische) Einreden. Ausgenommen sind die in § 202 II genannten, von denen übrigens die aus § 770 (Anfechtungsrecht des Hauptschuldners bezw. Aufrechnungsrecht des Gläubigers), sowie die Einrede mangelnder Sicherheitsleistung (§ 258 Satz 2, unten S. 328; vgl. § 867 Satz 3) erst von der zweiten Kommission eingefügt worden sind. Daß diese beiden Einreden und die schon in der ersten Lesung[4] berücksichtigten exceptiones non (rite) adimpleti contractus (§§ 320 ff.), retentionis (§§ 273 f.) und excussionis personalis (§§ 771 f.), sowie die Einrede des Erben, gemäß §§ 2014 f., einstweilen die Berichtigung der Nachlaßschulden zu verweigern, nicht zur Hemmung der Verjährung zugelassen sind, hat seinen legislatorischen Grund darin, daß ja der Anspruchsberechtigte selber in der Lage war, diese Einreden des Verpflichteten und somit das der actio nata entgegenstehende Hemmnis zu beseitigen. Sobald er seinerseits erfüllen oder Kaution leisten oder die Vorausklage gegen den Hauptschuldner erheben würde, könnte ihm ja der Verpflichtete die entsprechenden Einreden nicht mehr wirksam entgegensetzen. Bis der Berechtigte diese Vernichtung der Einreden

[1] Vgl. hierzu auch H. A. Fischer, Vis major im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der Leistung (in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 37, 1897, S. 199 ff.) S. 288 ff.

[2] Planck S. 203 Anm. 1, Heilfron S. 607.

[3] Die Mot. I S. 313 denken auch an Moratorien, welche bei außerordentlichen Anläßen erteilt werden.

[4] I. Lesung § 162 II.

Digitized by Google

herbeigeführt hat, muß er sie also fürchten; diese Einreden hemmen daher den Lauf der Verjährungsfrist nicht, die Verjährung läuft weiter.

Von den mehr auf bestimmte besondere Rechtsbeziehungen zutreffenden (rechtlichen)[1]) Hemmungsgründen der §§ 204, 206 und 207 erklären sich die in § 204 angegebenen daraus, daß das über dem Anspruche schwebende Damoklesschwert des Fristablaufs nicht die Veranlassung zu unerquicklichen Prozessen durante matrimonio, durante patria aut matria potestate, durante tutela bilden soll. Daß für Ansprüche gegen eine der Geschäftsfähigkeit gänzlich oder zum Teil beraubte[2]) Person, der es an einem gesetzlichen Vertreter fehlt,[3]) die Verjährung erst nach Eintritt gänzlicher Geschäftsfähigkeit oder nach Eintritt einer gesetzlichen Vertretung beginnen, dann aber trotz einer auf länger als sechs Monate normierten Verjährungsfrist immerhin mit Ablauf dieser sechs Monate vollendet werden kann (§ 206 I), wissen wir bereits (vgl. oben S. 220); das Analoge gilt nun (§ 207) für Nachlaßforderungen oder -schulden, bis durch Annahme der Erbschaft, Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder Auftreten eines Vertreters auf der Aktiv- bezw. Passivseite Klarheit darüber besteht, wer als Kläger bezw. Beklagter legitimiert ist.

Zwar sind, wie bereits (S. 292) bemerkt, Anspruchsverjährung und Präklusivfrist begrifflich verschieden; dies hat den Gesetzgeber aber keineswegs gehindert, die Vorschriften der §§ 203, 206 und 207 bezw. einen Teil von ihnen wiederholt auch bei Präklusivfristen für anwendbar zu erklären. Das geschieht außer in dem uns bereits bekannten § 124 II Satz 2 (Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung bezw. Drohung binnen Jahresfrist, vgl. oben S. 234) zunächst in den alsbald zu er-

[1]) Vgl. Heilfron S. 606.

[2]) Gleichzeitig muß der Betreffende prozeßunfähig sein (§ 206 II), so daß also (CPO. § 51) § 206 I in den Fällen der §§ 112 f. (oben S. 220) nicht zur Anwendung gelangt. Vgl. auch Planck S. 257 Anm. 5.

[3]) Im Prinzip ist daher die mangelnde Geschäftsfähigkeit als Hemmungsgrund nicht mehr anerkannt.

Digitized by Google

örternden §§ 210 Satz 2, 212 II Satz 2, 215 II Satz 2 und ferner z. B.[1]) für die Ehescheidungsklage (§ 1571 IV), für Anfechtung der Ehe (§ 1339 III), für die Inventarfrist und die Frist zum Antrage auf Stellung einer neuen Inventarfrist (§ 1997), für Ausschlagung der Erbschaft (§ 1944 II Satz 2), für Anfechtung einer letztwilligen Verfügung (§ 2082 II Satz 2) und eines Erbvertrages (§ 2283 II Satz 2). Auch auf die Ersitzung dehnt § 939 die §§ 206 und 207, § 941 Satz 2 die § 209—212, 216, 219 f. aus.[2])

Einige Sondervorschriften wegen Hemmung der Verjährung enthalten §§ 639 II, 802 Satz 1 und 2 (808 II Satz 3), 2332 III.

Die Unterbrechung der Verjährung kann vom Verpflichteten selber ausgehen (der möglichenfalls und zumeist freilich vom Berechtigten gedrängt sein wird), aber auch vom Berechtigten allein. Vom Verpflichteten, indem er den Anspruch ausdrücklich oder mittels konkludenter Handlungen, insbesondere Abschlags- und Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder Pfandbestellung anerkennt[3]) (§ 208). Vom Berechtigten, indem er die Leistungs- oder Feststellungsklage erhebt oder auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (vgl. CPO. §§ 662 ff.) oder auf Erlassung des Vollstreckungsurteils (CPO. §§ 660, 868 f.) klagt (BGB. § 209 I) oder gewisse der Klage hierbei gleichwertige Maßnahmen vornimmt (§ 209 II Nr. 1 bis 5). Diese Maßnahmen, über welche das Gesetzbuch — unter positiver Beseitigung vieler Kontroversen und Verschiedenheiten der bisherigen Rechtssysteme — in §§ 210 bis 216 noch nähere Vorschriften, insbesondere nach der Richtung trifft, wie lange die Unterbrechung fortdauert (§§ 211 I, 214 I und III, 215 I) und unter welchen Umständen sie als nicht erfolgt fingiert werden muß (§§ 212 I,

[1]) Vgl. ferner §§ 802 Satz 3 (808 II Satz 3), 1002 II, 1590, sowie §§ 477 II Satz 3 (639 I), 490 II, 1170 I Satz 1, 1594 III, 1599, 1944 II Satz 3 1954 II Satz 2 und 2082 II Satz 2 (und dazu §§ 2340 III, 2345 I Satz 2).

[2]) Viele Präklusivfristen, bei welchen eine derartige analoge Heranziehung von Grundsätzen über die Verjährung nicht stattfindet, zählt Hellmann S. 220 Anm. 1 auf.

[3]) Diese Anerkennung ist mit Endemann S. 391 und Cosack S. 262 (gegen Planck S. 259 Anm. 2) als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft aufzufassen. Neutral Heilfron S. 608.

Digitized by Google

213, 214 II, 215 II, 216 I und II), sind: Zustellung des Zahlungsbefehls (vgl. dazu § 213), Anmeldung des Anspruchs im Konkurse (dazu § 214), Kompensationseinrede im Prozeß und Streitverkündung (dazu § 215), sowie Vornahme bezw. Beantragung einer Vollstreckungshandlung. — Der Hervorhebung bedarf es, daß durch § 210 (und ähnlich durch § 220 II beim Schiedsvertrage) der Klageerhebung rückwirkende Kraft bis zu dem Tag der Einreichung eines Gesuches beigelegt wird, wenn der Klage die Vorentscheidung einer Behörde über die Zulässigkeit des Rechtswegs oder die Entscheidung eines höheren Gerichts über die Kompetenzfrage[1]) vorangehen muß und der Kläger nach Erledigung seines Gesuches binnen drei Monaten die Klage selbst folgen läßt. Ferner sind für die Praxis von besonderer Wichtigkeit die sehr zweckmäßigen und klaren Bestimmungen der §§ 211 und 212, sowie des § 219 und 220 I. Wichtig ist auch die in § 218 II aufgestellte Vorschrift, nach welcher z. B. die Alimentenraten, zu deren Zahlung der uneheliche Vater rechtskräftig verurteilt wurde, in je 4 Jahren (§ 197, oben S. 295), nicht erst in je 30 Jahren verjähren.

Was endlich die Wirkung der gänzlich vollendeten Verjährung anbetrifft, also den Endeffekt, um dessentwillen das ganze Rechtsinstitut besteht, so wird sie in §§ 222—224[2]) dahin festgestellt, daß dem Verpflichteten nunmehr eine peremtorische Einrede zu Gebote steht (§ 222 I), gleichviel, ob der Berechtigte den „Anspruch"[3]) dennoch einklagen oder auch seinerseits nur einredeweise geltend machen will. Indessen soll der durch die Verjährung unter den Parteien hergestellte Rechtsfriede[4]) nicht wieder dadurch gebrochen werden, daß der Verpflichtete, der trotz der Verjährung den Anspruch des Berechtigten erfüllte oder ein Anerkenntnis abgab bezw.

[1]) Vgl. CPO. § 36. Z. B. (ebenda Nr. 5 und 6) bei positivem oder negativem Kompetenzkonflikt.

[2]) Ueber Verjährung von Einreden (Ausnahmen in §§ 478 f., 821, 853) vgl. Endemann S. 395 a. E., Cosack S. 255, Heilfron S. 619 ff., Kuhlenbeck in der Jur. Wochenschr. 1897 Nr. 15 f. S. 125 ff.

[3]) Vgl. ferner § 901 Satz 1, sowie §§ 852 II und 853.

[4]) Vgl. Kommissionsprot. S. 235 zu den erst von der II. Kommission eingefügten Fällen des § 222 II Satz 2.

Digitized by Google

eine Sicherheitsleistung stellte, diese Leistungen nun mittels condictio indebiti rückgängig machen dürfe (§ 222,II).[1]) — Der Hypotheken- oder Pfandgläubiger und wer sich sonstwie (z. B. mittels einer Grundschuld oder durch Eigentumsübertragung) eine Sicherung gewähren ließ, bleibt in seiner gesicherten Rolle und darf also aus dem Pfande Befriedigung suchen bezw. die Rückübertragung jenes Rechtes verweigern, obwohl der Anspruch selbst verjährt war (§ 223). Und wie der durch Verjährung im allgemeinen dem Untergang preisgegebene Anspruch in dieser Richtung fortlebt, so auch für die Frage der Aufrechnung. Kompensabel sind nämlich auch diejenigen Forderungen, die zwar bereits verjährt sind, aber noch nicht verjährt waren, als sie der Forderung des Gegners zum erstenmale hätten entgegengestellt werden können (§ 390 Satz 2).[2])

Mit der Hauptforderung zugleich verjähren natürlich auch die accessorischen Nebenforderungen, wie insbesondere Zinsansprüche, und sie haben nicht etwa darum eine längere Lebensdauer, weil die für sie geltende besondere Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen wäre[3]) (§ 224).[4])

Sechster Abschnitt. § 61. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Der sechste Abschnitt bringt zunächst in § 226 das „Chicaneverbot", das uns als eine sehr wichtige Neuerung des BGB. bereits bekannt ist (oben S. 66/67), und spricht dann in §§ 227 f.[5]) wesentlich im Anschlusse an das Sächsische BGB. (§§ 178 ff.) von

[1]) Vgl. § 813 I Satz 2. — Das BGB. nimmt also zu der Kontroverse über die Wirkung der Verjährung einen mittleren Standpunkt ein. Vgl. (Mot. I S. 341 ff.) Endemann S. 396 Anm. 3, Cosack S. 264, Heilfron S. 617 ff.

[2]) Vgl. ebenso ALR. I, 16 § 377.

[3]) Z. B. die 4jährige Verjährungsfrist der Zinsrückstände (§ 197) für die in 2 Jahren verjährende Forderung des Kolonialwarenhändlers (§ 196 Nr. 1).

[4]) Ueber die Einwirkung der Verjährung auf Gesamtschuldverhältnisse vgl. BGB. §§ 425 II und 429 III Satz 1. — Wegen der Uebergangszeit vgl. EBGB. Art. 169. Ueber die Behandlung der Verjährungsfrage bei Statutenkollision schweigt EBGB. Vgl. zu dieser Frage neuestens Müller, Die Klageverjährung im internationalen Privatrecht, Konitz 1898.

[5]) Hierzu vergl. Kuhlenbeck a. a. O. S. 127 und vor allem sehr gründlich Titze, Die Notstandsrechte im BGB. und ihre geschichtliche Entwickelung (Leipzig 1897), insbesondere S. 71 bis 130.

Digitized by Google

der Selbstverteidigung, d. h.[1]) von dem passiven, defensiven Selbstschutze, und in §§ 229—231 von der Selbsthilfe, d. h.[1]) dem aktiven, aggressiven Selbstschutze gegen die von außen drohende Unbill. Die Aufnahme dieser Vorschriften in den Allgemeinen Teil rechtfertigt sich aus der Wichtigkeit ihrer Konsequenzen. Wer nämlich erlaubte Selbsthilfe oder -verteidigung vornimmt, handelt (§ 227 I, § 229) nicht widerrechtlich, gegen ihn kommen also auch nicht die Rechtsfolgen der §§ 823 I, 827 Satz 2, 831 I Satz 1, 832 I Satz 1 zur Anwendung, welche „widerrechtliche"[2]) Verletzung eines andern bezw. „widerrechtliche" Schadenszufügung zur Voraussetzung der Entschädigungspflicht machen, und er begeht auch keine „verbotene Eigenmacht" (§ 858 I), welche den Angegriffenen zur Selbstverteidigung seines Besitzes[3]) berechtigen würde.

Selbstverteidigung (vim vi repellere) ist zunächst (§ 227 I) identisch mit Notwehr, und dieser Begriff[4]) ist wiederum civilrechtlich (in § 227 II) ebenso definiert wie strafrechtlich (in Str.GB. § 53 II). Da nun unter diese Definition zwar sowohl (gegenwärtige) Angriffe gegen die (eigene oder fremde) Person wie gegen das Vermögen fallen, aber andrerseits nur Angriffe von seiten einer Person,[5]) nicht von seiten einer Sache — z. B. nicht seitens eines bissigen Hundes[6]) oder seitens eines an einem Fenster angebrachten losen Blumenbretts, dessen Niederfall die im Nachbargarten spielenden Kinder gefährden würde, — so ist dieser Fall („Notstand") besonders hervorgehoben (§ 228)[7]) und von dem Vorwurfe

---

[1]) Vgl. Mot. I S. 348, Heilfron S. 624.

[2]) Ueber die „Widerrechtlichkeit", ihre Anwendungsfälle und Folgen vgl. meine oben S. 89 Anm. 7 citierte Studie S. 151 ff. Außer den im Text genannten Stellen vgl. noch BGB. §§ 530 II, 2339 I Nr. 1 und 2 (2345 I Satz 1 und II), §§ 1632 (1686, 1800); §§ 123 I, 1335, 2339 I Nr. 3 (2345 I Satz 1 und II), 2078 II (2281 I), EBGB. Art. 95 I Satz 2.

[3]) Vgl. dazu ferner §§ 858 II, 859, 861 f., 1029 (1090 II).

[4]) Vgl. dazu neuestens Schlaeger, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, Erlanger Inaugural-Dissertation 1897; zu BGB. § 227 (nicht, wie es dort heißt, 228) daselbst S. 53.

[5]) Selbst unzurechnungsfähige Personen. Vgl. Titze S. 83, Endemann S. 368 oben.

[6]) Wegen des Angriffes seitens eines Tieres vgl. §§ 833 ff.

[7]) Zur Entwickelung dieser Be-

Digitized by Google

widerrechtlicher Handlungsweise freigesprochen worden, falls es zur Abwendung der drohenden Gefahr von sich oder von einem anderen Menschen[1]) unvermeidlich war, die fremde Sache zu zerstören oder zu beschädigen, und falls nicht die Gefahr verhältnismäßig unbedeutend ist im Vergleich zu der vorgenommenen Beschädigung der fremden Sache. Aber selbst wenn demnach der Richter einen Fall erlaubter Selbstverteidigung annimmt, so zieht diese immerhin — nach dem im BGB. § 228 zum Durchbruche kommenden Verschuldungsprinzipe[2]) — die Folge der Schadensersatzpflicht nach sich, sofern es die sich verteidigende Person selber gewesen ist, welche die Gefahr heraufbeschwor, z. B. indem sie den bissigen Hund gereizt, gegen das Blumenbrett mit einem Steine geworfen hatte.

Den Begriff der Selbsthilfe (§ 229) läßt das Gesetzbuch undefiniert. An sich hängt die Frage, ob Selbsthilfe erlaubt sei oder nicht, von dem Charakter der konkreten Handlung ab; nur wird sie rechtlich für zulässig erklärt, wenn[3]) entweder die Hilfe der Obrigkeit (Polizei, Gericht) zu spät käme oder doch die Verwirklichung eines Anspruchs anderenfalls wesentlich erschwert oder gar vereitelt werden würde.[4]) Unter diesen Voraussetzungen darf man (§ 229) nicht nur eine fremde Sache beschädigen oder zerstören oder wegnehmen, sondern man darf sich auch aggressiv gegen eine Person wenden,[5]) indem man einen Fluchtverdächtigen festnimmt oder indem man den Widerstand desjenigen bricht, welcher eine Handlung (z. B. das

---

stimmung in den einzelnen Gesetzesstadien insbes. Endemann S. 370 f. Anm. 2.

[1]) Nicht von einer Sache (z. B. von den gefährdeten Blumenanlagen im Nachbargarten).

[2]) Vgl. zu diesem Punkte sehr eingehend Endemann S. 375 f.

[3]) Ein „unwiederbringlicher Schaden" (ALR. Einl. § 78) ist nicht erforderlich.

[4]) Hierzu vgl. Civilprozeßordnung § 797 I und § 814, wonach gleichfalls Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Urteilsvollstreckung oder der Rechtsverwirklichung die Voraussetzungen des dinglichen Arrestes bezw. der einstweiligen Verfügung in Beziehung auf den Streitgegenstand bilden.

[5]) Ohne daß man, wie in der Vollstreckungsinstanz, dazu der Vermittelung des Gerichtsvollziehers bedarf (CPO. §§ 777, 678 III und — vgl. Reichstagsvorlage Nr. 219 — CPO. § 669).

Digitized by Google

Betreten seines Grundstücks, über das ein Notweg führt) dulden müßte, aber nicht dulden will. — Irrt man sich jedoch in den erwähnten Voraussetzungen, was ja in der Erregung des Augenblicks sehr leicht geschehen kann, so ist man dem Gekränkten zu Schadensersatz verpflichtet (§ 231), selbst wenn sich diese Verpflichtung nicht schon aus den Grundsätzen über die Folgen unerlaubter Handlungen darum (§§ 823 ff.) ergeben würde, weil der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte (§ 823 I). — Doch auch wenn jene Voraussetzungen wirklich bestanden, wird die Selbsthilfe im Interesse dessen, gegen welchen sie sich richtet, in doppelte Schranken gerückt: sie darf das zur Abwehr der Gefahr erforderliche Maß nicht überschreiten (§ 230 I) und sie muß nach näherer Vorschrift des § 230 II—IV baldigst in eine der Verteidigungshandlung entsprechende gerichtliche Maßnahme[1]) übergeleitet werden bezw. zu einer Freigabe der festgehaltenen Person oder Sache führen.

Übrigens bietet das BGB. noch einige Sondervorschriften über besondere Fälle der Selbstverteidigung und Selbsthilfe. Für das Prinzip der Selbstverteidigung sind Anwendungsfälle in § 859 I (vgl. dazu § 859 IV, §§ 860—865, 1029, 1090 II) und § 904 gegeben, für die Selbsthilfe in § 859 II und III und ferner in § 561 I und § 910, sowie in § 962 Satz 1 und 2.

Was die besondere Nuance des Selbsthilferechts in der Gestalt der Pfandnahme[2]) („Schüttung" des deutschen Rechts) anbetrifft, so bleiben hier die Partikularrechtsnormen erhalten. (EBGB. Art. 89, vgl. oben S. 32.)

Siebenter Abschnitt. § 62. Sicherheitsleistung.

Der siebente Abschnitt,[3]) §§ 232—240, ist darauf bedacht, allgemeine Normen für die zahllosen Gesetzesstellen zu treffen, nach denen eine Sicherheitsleistung[4]) beansprucht oder gestellt

[1]) Vgl. CPO. §§ 796 ff., StrPO. § 128 und auch Planck S. 285 Anm. 2.

[2]) Ueber sie am eingehendsten Cosack S. 276 ff.

[3]) Vgl. dazu auch Mot. I S. 387 ff. Auch Kuhlenbeck in der Jur. Wochenschr. 1897 Nr. 25—29 S. 221 ff. Allzu knapp Cosack S. 272/273.

[4]) Ueber „Sicherung" der Rechte im allgemeinen eingehend Heilfron S. 634 ff.

Digitized by Google

werden darf. Ein Beispiel für diese Notwendigkeit bietet aus den uns schon bekannten Abschnitten des Gesetzes § 52 II. Ferner seien angeführt: aus dem Recht der Schuldverhältnisse[1]) §§ 273 III, 321, 562, 775 II, 811 II Satz 2, aus dem Sachenrecht §§ 867 Satz 3, 1039 I Satz 2, 1051 f. (1054), 1067 II, 1218 I, 1220 I Satz 2, aus dem Familienrecht §§ 1391, 1580 I Satz 2, 1668, 1844, aus dem Erbrecht §§ 1986 II, 2128.[2])

Das BGB. kennt die doppelte[3]) Form der Kautionsleistung: durch Sicherstellung gewisser Sachwerte (§ 232 I) und durch Stellung eines Bürgen (§ 232 II). Nach beiden Richtungen erörtert das Gesetz genauer die Eigenschaften, von welchen die Brauchbarkeit der Garantie abhängt (vgl. einerseits §§ 234, 236—238 und andererseits § 239); im übrigen gibt es noch Vorschriften über die Schicksale hinterlegter Gelder oder Wertpapiere im besondern (§§ 233, 235) und sagt im Schlußparagraphen (§ 240), daß die Sicherheit zu ergänzen oder durch eine andere Sicherheit zu ersetzen ist, falls sie ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend wird (z. B. dadurch, daß ein Teil der hinterlegten Wertpapiere verbrennt oder gestohlen wird).

Zu den recht eingehenden Vorschriften über die Arten der Kaution und über deren Zulänglichkeit[4]) ist folgendes zu bemerken: Mit Wertpapieren und mit Buchforderungen gegen Reich oder Bundesstaat kann nur in Höhe von 75 Prozent des Kurswertes Sicherheit geleistet werden (§ 234 III, § 236), mit Mobiliarpfändern gar nur in Höhe von 66 2/3 Prozent des Schätzungswertes (§ 237 Satz 1); Wertpapiere und Hypotheken, sowie Grund- und Renten-

[1]) Vgl. auch noch §§ 509 I und II, 738 I Satz 3, 843 II Satz 2, 867 Satz 3, 1986 II, 2128 I und II, 2217 II, EBGB. Art. 42 III § 7 III und Planck S. 286. Ueber die Rechtsfolgen, welche eintreten, wenn eine Sicherheit geleistet worden ist oder nicht, vgl. ferner §§ 572, 1670 ff., 1795 Nr. 2, 2217 II, EBGB. Art. 90. Vgl. auch § 1418 I Nr. 1.

[2]) Aus anderen Gesichtspunkten interessiert die Sicherheitsleistung in den oben besprochenen §§ 202 II, 208, 222 II Satz 2.

[3]) Nicht auch (vgl. ALR. I, 14 §§ 184, 194) die eventuelle „Verbalkaution" (durch Eid).

[4]) In manchen Einzelheiten abweichend das gleichfalls sehr kasuistische ALR. I, 14 §§ 187 ff.

Digitized by Google

schulden müssen außerdem den Erfordernissen pupillarischer Sicherheit[1]) entsprechen (§ 234 I Satz 1, § 238 I); ganz ungeeignet sind die den Kautionshypotheken zu Grunde liegenden Forderungen (§ 238 II) und zurückweisbar sind Mobiliarpfänder, wenn sie leicht verderblich oder schwer aufzubewahren sind (§ 237 Satz 2). Der Bürge muß im Inland sein allgemeines prozessuales Forum haben und ein Vermögen besitzen, das der in Frage kommenden Sicherheit entspricht (§ 239 I); auch muß er auf die exceptio excussionis personalis Verzicht leisten (§ 239 II), und in manchen Fällen schließt das Gesetz die Sicherheitsleistung durch Bürgenstellung sogar gänzlich aus (vgl. §§ 273 III Satz 2, 1218 I).

Nur auf hinterlegte Gelder oder Wertpapiere bezieht sich einmal die Befugnis des Kautionsstellers, sie gegen andere gleichartige Kautionsobjekte umzutauschen (§ 235), und sodann der Effekt (233), daß der andere Teil entweder ein direktes Pfandrecht an der Kaution erwirbt oder doch ein Forderungspfandrecht an dem Rückerstattungsanspruche, falls (vgl. oben S. 177) eine der durch EBGB. Art. 145 I Satz 1 aufrecht erhaltenen partikularrechtlichen Vorschriften Platz greift, wonach das hinterlegte Objekt Eigentum des Landesfiskus oder der Hinterlegungsstelle wird.

§ 63. Anhang.

Wir hatten uns schon mehrfach genötigt gesehen, die Ausführungen des BGB. und dessen Disposition zu ergänzen, um auch solche Rechtsfragen zu skizzieren, denen zwar die civilistischen Lehrbücher prinzipielle Erörterungen widmen, nicht aber das BGB. So am Schlusse der Einleitung (oben §§ 2 f. S. 96), aber auch wiederholt im Allgemeinen Teil, nämlich rücksichtlich der natürlichen Personen (oben § 18 S. 106 ff. und §§ 23—29 S. 138 ff.) und rücksichtlich der juristischen Personen (oben § 35 S. 173 ff.), endlich rücksichtlich der Sachen (oben § 42 S. 204 ff.). Nichtsdestoweniger bedarf es noch einzelner knapper Bemerkungen wegen einiger anderen Punkte, die gleichfalls in den „Allgemeinen Teil" einer

[1]) Vgl. darüber § 1807 I Nr. 1 und II.

Digitized by Google

systematischen Darstellung gehören und von denen mehrere auch bereits in den Materialien zum BGB. und in der bisherigen Litteratur[1]) Erwähnung finden, ja zu einem kleinen Teile auch in der I. Lesung des BGB. Buch I ex professo erörtert wurden.

So beschäftigte sich die I. Lesung (Buch I Abschn. II Tit. IV §§ 30—33) mit „Verwandtschaft" und „Schwägerschaft" und (Buch I Abschn. V §§ 144—146) mit „Fahrlässigkeit" und „Irrtum", also mit wesentlichen Begriffen aus der Lehre vom „Verschulden"[2]) — diese Angelegenheiten stehen nunmehr in Buch IV Absch. II Tit. I §§ 1589 und 1590 bezw. in Buch II Abschn. I Tit. I §§ 276—278, und auch wir wollen ihre Erörterung dorthin verweisen.

Ferner enthielt das I. Buch der I. Lesung[3]) zwei besondere Abschnitte (IX §§ 190—192 und X §§ 193—198) über „Urteil" und „Beweis". Beide Punkte übergeht die endgültige Fassung: in durchaus billigenswerter Weise, denn beide gehören im wesentlichen nicht zum materiellen, sondern zum formellen Recht; was also an neuen Vorschriften notwendig erscheint, wird die Novelle zur Civilprozeßordnung[4]) bringen; soweit es aber in der That Fragen mehr materiell-rechtlicher Art waren, welche der I. Entwurf beantwortete, konnten die betreffenden Normen unerwähnt bleiben, weil sie nichts weiter boten, als abstrakte Regeln, die — wie die Vorschriften über die Beweislast — trotz ihrer praktischen Wichtigkeit theoretischer Natur sind, also nicht in eine Kodifikation gehören.[5])

Die Worte „Urteil" und „Beweis" begegnen freilich auch in der endgültigen Fassung des Gesetzes in zahlreichen Einzelstellen. Daß sich diese in gewisse Gruppen ordnen lassen, ist selbstverständ-

[1]) In erheblicherem Maße aber nur bei Hellmann und Kuhlenbeck an den weiter unten zu erwähnenden Stellen.

[2]) Ueber das Verschulden und die verwandten Begriffe im BGB. vgl. Weyl im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 14 (1898) S. 79 ff.

[3]) Vgl. dazu eingehendere Bemerkungen in den Mot. I S. 357 bis 381 (von S. 357—364 auch abgedruckt bei Haidlen Bd. I S. 292 bis 297) und S. 382—386.

[4]) Vgl. aus der Reichstagsvorlage insbes. Nr. 76 § 264a und Nr. 80 und 81 §§ 293II, 293a bis f.

[5]) In schüchterner Weise deuten dies auch Mot. I S. 382 an.

Digitized by Google

lich: in welcher Richtung dies sich empfiehlt, soll hier wenigstens kurz angedeutet werden.

Das Urteil[1]) dient bekanntlich dazu, den Rechtsstreit zwischen den Parteien durch die Autorität des Gerichtes zur Entscheidung zu bringen und definitiv festzustellen, was zwischen den Parteien Rechtens ist. Daneben kann es aber unter Umständen auch über diese primäre Wirkung hinaus sekundäre Wirkungen materieller Art hervorrufen oder seine Wirkungen außer unter den Parteien auch gegenüber dritten Personen an den Tag legen. Jenes hat der Gesetzgeber z. B.[2]) in § 283 I Satz 1, §§ 1052 I Satz 1, 1349, 1479, 1502 II Satz 1, 1567 II Nr. 1, 1576 I, 2193 II, 2196 II festgesetzt (bezw. als ausgeschlossen erklärt), dieses z. B.[3]) in §§ 407 II, 425 II (429 III), 775 Nr. 4, 927 III, 1344 I, 1380 Satz 2, 1400 I, 1435 I (1546 II), 1460 II, 1496 Satz 2, 1973 II Satz 3. — Sodann äußert sich der Gesetzgeber bisweilen darüber, mit welchem Zeitpunkte die Wirkung des Urteils eintreten solle: ob mit der Rechtskraft[4]) (§§ 1418 II, 1425 II Satz 1, 1470, 1496 Satz 1, 1542 II, 1548 I Satz 1, 1564 Satz 3, 1680 II, 1883 I, 2342 II) oder mit dem Tage, an welchem das Urteil selbst erlassen[5]) ist (§§ 1884 II, 1885 II, 1921 III, 1974 I Satz 2), oder mit einem andern im Urteile bestimmten Zeitpunkte (§ 18 I).[6]) Wir haben diese Frage schon innerhalb der Lehre von der Todeserklärung berührt (vgl. oben S. 135). — Auch was in dem Urteil auszusprechen sei, wird bisweilen näher präzisiert (vgl. §§ 1574 I, 1576 II), und mehrfach erfahren wir, daß die Feststellung ge-

[1]) Eine besondere Art, die gelegentlich erwähnt wird, ist das „Ausschlußurteil" (vgl. §§ 927 II und III, 2015 III); das „Scheidungsurteil" im speziellen begegnet in § 1312 I.

[2]) Vgl. auch §§ 864 II, 1422.

[3]) Vgl. auch §§ 1412 II, 1416 II Satz 1.

[4]) Der Rechtskraft wird ferner gedacht in §§ 407 II, 864 II (rechtskräftiges Urteil), § 1003 II (rechtskräftige Feststellung), §§ 1052 I Satz 1, 1973 II Satz 3, 2193 II, 2196 II (rechtskräftige Verurteilung), § 1908 I (rechtskräftige Abweisung eines Antrags), § 73 II und § 1647 I (rechtskräftiger Beschluß).

[5]) Vgl. auch § 1576 I. Die „Verkündung" wird in §§ 1349 a. E., 2015 III (hier einer „Entscheidung") erwähnt.

[6]) Vgl. dazu über §§ 1420, 1494 II, 1544, 1679 I, 1684 II, 1922 I oben S. 135.

Digitized by Google

wisser zweifelhafter Fragen statt etwa durch eine andere Behörde und etwa durch Beschluß oder Verfügung durch das Gericht mittels eines Urteils erfolgen müsse. (Vgl.[1]) §§ 315 III Satz 2, 319 I Satz 2, 660 I Satz 2, 2048 Satz 3 und auch § 971 I Satz 2).[2])

Was nun den Beweis betrifft, so begegnet dies Wort im Gesetze sehr selten. Wir haben also insbesondere über die Verteilung der „Beweislast" nur äußerst wenige (übrigens fast durchweg dem Obligationenrecht angehörige) positive Normen.[3]) Ich habe solche nur in §§ 282, 345, 358, 363, 442, 542 III, 636 II und 2336 III festgestellt. Um so zahlreicher dagegen sind die indirekten Vorschriften, welche durch Aufstellung der von uns schon erwähnten „Vermutungen" gegeben werden. (Vgl. daher oben S. 248 ff.). Daneben ist aber noch zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber auch sonst sehr oft durch die ganze Fassung der einzelnen Rechtssätze und vor allem durch die sehr häufig begegnenden Wendungen „es sei denn, daß" (vgl. z. B. §§ 179 III Satz 2, 912 I, 932 I Satz 1, 933, 934 a. E.), „wenn nicht" (bezw. „nicht, wenn")[4]) und durch ähnliche Wendungen Winke über die Rollenverteilung gibt.

Verschwindend selten sind die Stellen, in denen der „Beweis-

---

[1]) Vgl. darüber und über §§ 1246 II, 1024 (1060, 1844 I Satz 2, 1995 III) bereits oben S. 73 Anm. 4.

[2]) Ueber das Urteil vgl. ferner Einzelheiten in §§ 839 II, 1309 II, 1567 III, 1586 Satz 2. — Außer dem Urteil begegnen „Beschlüsse" (vgl. §§ 731 und II, 115 I und II, 1419, 1425 I Satz 1, 1448 III, 1647 I, 1995 I Satz 2, 2361 II) sowie „Entscheidungen" (§§ 1308 II, 1561 III Nr. 1, 1673 I und II, 1690 III, 1847 I Satz 1, 2015 III; vgl. auch § 1246 II).

[3]) Auch sie sind zum Teil nur ergangen, um Zweifel zu beseitigen, die auftauchen könnten, obwohl sich die vom Gesetze angegebene Regelung von selbst verstehen würde; vgl. Mot. II S. 279 (zu BGB. § 345). Zum Teile sollen dadurch ältere Kontroversen erledigt werden — vgl. Mot. II S. 285 (zu BGB. § 358), S. 204 f. (zu § 363) und V S. 449 (zu § 2336 III) —, zum Teil Verschiedenheiten der älteren Rechtssysteme — vgl. Mot. II S. 222 f. (zu § 442). Einzelbemerkungen der Motive wegen der Beweislast vgl. außerdem noch in Bd. II S. 47 ff. (zu BGB. § 282), S. 659 (zu BGB. § 765) und S. 729 (zu § 823); wegen einiger Bemerkungen der Kommissionsprotokolle z. B. das. S. 329 (zu § 295) und S. 469 (zu § 319).

[4]) Vgl. §§ 179 III Satz 1 und 2, 831 I Satz 2, 936 II.

Digitized by Google

sicherung“[1]), der „Beweisaufnahme“[2]) und einzelner besonderer „Beweismittel“[3]) Erwähnung geschieht und in denen statt eines echten Beweises eine bloße „Glaubhaftmachung“ für erforderlich und genügend[4]) (bezw. für entbehrlich)[5]) erklärt wird.

Immerhin spinnen sich schon wegen des „Urteils“, wegen des „Beweises“ und wegen der mit beiden Begriffen verwandten Fragen zahlreiche Fäden vom Civilrecht zum Civilprozeßrechte hinüber. Das ist aber noch mit einer großen Reihe anderer Rechtsbegriffe der Fall, welche sowohl im formellen wie im materiellen Rechte interessieren und sich daher auch im BGB. gelegentlich genannt finden.

So vor allem die Klage. In den Sonderformen der „Anfechtungsklage“[6]), „Nichtigkeits- und Restitutionsklage“[7]) und „Scheidungsklage“[8]) — sowie der „Widerklage“[9]) — nur ausnahmsweise auftretend, ist sie als „Klage“ überhaupt unendlich oft anzutreffen. Es wird mitgeteilt, unter welchen Voraussetzungen jemand zur Klage berechtigt sei (vgl. insbesondere §§ 1468 f., 1564 ff.)[10]), etwa zu einer Klage auf Unterlassung (vgl. §§ 12 — oben S. 122 ff. —, 862 I Satz 2, 1134 I); gegen wen sich in gewissen Fällen die Klage zu richten habe (§ 1596 I Satz 2); worauf die Klage zu richten sei (§ 2342 I Satz 2) und vor allem, welche materiellrechtlichen Wirkungen[11]) die Klagerhebung im Einzelfalle äußert, d. h. ob und wie sie Rechte verändert (vgl. §§ 1324 II Satz 2, 1596 I Satz 1)

[1]) Vgl. §§ 477 II Satz 1, 478 I Satz 2, 485 Satz 1 (durchweg aus der Lehre von der Gewährleistung beim Kaufe).

[2]) Vgl. § 2358 I und auch § 2361 III.

[3]) Vgl. § 2356 I Satz 1 und 2; cf. § 2358 I.

[4]) Insbesondere Glaubhaftmachung eines „rechtlichen Interesses“ an Einsicht gewisser Urkunden (§§ 1597 II Satz 2, 2010, 2146 II, 2228, 2384 II). Vgl. aber auch § 1994 II Satz 1.

[5]) §§ 885 I Satz 2, 899 II a. E., 1716 III.

[6]) §§ 115 I Satz 1 und II, 1341 I, 1348 II Satz 2, 1349, 1596 I.

[7]) Beides in § 1309 II, die Nichtigkeitsklage allein in §§ 1324 II Satz 2, 1329.

[8]) § 1571.

[9]) § 1574 II (vgl. auch Abs. III) und EBGB. Art. 6.

[10]) Vgl. auch §§ 1400 II, 1418, 1542 I sowie („falls die Klage begründet ist“) § 1575 I Satz 2.

[11]) Auch Wirkungen der Klagezurücknahme werden erwähnt. Vgl. §§ 1341 II Satz 1, 1596 II Satz 1.

Digitized by Google

oder vernichtet (vgl. §§ 485 Satz 1, 864 I, 1933, 2077 I Satz 2)[1]) oder konserviert (§ 1965 II), letzteres vor allem, indem sie geeignet ist, die Verjährung und die Ersitzung zu unterbrechen (§ 209 I; vgl. ebenda Abs. II, §§ 940 II, 941 Satz 2).

In dieser Hinsicht wird freilich sehr oft — und namentlich, wenn es sich um die Frage nach dem Maße der Haftung für Nutzungen handelt; vgl. §§ 987 ff.[1]) — nicht die Klagerhebung, sondern die „Rechtshängigkeit“[2]) genannt, die aber auch sonst (z. B.[3]) für die Vererblichkeit gewisser Ansprüche und für die Forderungen aus vergangenen Zahlungsperioden) Bedeutung zeigt.[4])

Auch gewisse Verwandte der Klage treten hin und wieder auf, so (vgl. §§ 209 II Nr. 1, 2, 4, 478 I a. E., 485) die Streitverkündung, die Zustellung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren, die Anmeldung eines Anspruchs im Konkurse[5]) und die Ladung zum Sühnetermine (§ 1571 III Satz 1).

Statt des Ausdrucks „Klage“ finden sich mehrfach auch die umfassenderen Ausdrücke „Rechtsverfolgung“ (vgl. §§ 767 II, 773 I Nr. 2, 1118, 1148 Satz 1, 1607 II Satz 1, 2313 II Satz 2) und „gerichtliche Geltendmachung“[6]) (vgl. §§ 801 I Satz 3, 804 I Satz 2, 941 Satz 1, 977 Satz 2, 1002 I, 1394 Satz 1, 1965 II Satz 1)[7]) und statt des Wortes „Civilprozeß“ durchweg das Wort „Rechtsstreit“,) welches namentlich deshalb interessiert, weil

[1]) Zu diesen Paragraphen vgl. wiederum §§ 292 I, 347 Satz 1, 818 IV, 819 I, 820 I Satz 1, 1422, 2023 I, 2024 Satz 1; ferner § 1479.

[2]) Vgl. zu dieser Frage insbes. auch EBGB. Art. 152 und Endemann S. 611 ff.

[3]) Hierzu §§ 847 I Satz 2 und 1300 II, sowie § 1613.

[4]) Im übrigen vgl. noch §§ 1344 I, 1407 Nr. 1, 1435. Nicht von „rechtshängigem“, sondern von „anhängig gewordenem“ Rechtsstreit sprechen §§ 407 II, 489.

[5]) Ueber die Einwirkung des Konkurses auf die Rechtsfähigkeit und über den Konkurs juristischer Personen vgl. oben S. 152 ff. — Vom Konkurse und den mit ihm zusammenhängenden Angelegenheiten ist gleichfalls sehr oft die Rede. Vgl. z. B. §§ 161 I Satz 2, 184 II, 377 II, 401 II, 418 II, 457, 499 Satz 2, 512, 728 Satz 1, 736, 773 I Nr. 3 (und II), 883 II Satz 2, 1098 I Satz 2, 1419, 1647 I und II, 1781 Nr. 3, 1971, 1984 I Satz 2, 1991 IV, 2115 Satz 1, EBGB. Art. 131 (Art. 1, 33).

[6]) Von „Geltendmachung“ allein sprechen §§ 725 II, 1965 II Satz 1, 1966, 1973 I Satz 2.

[7]) Vgl. ferner § 1188 II Satz 2 (1189 I Satz 1). Ueber die Frage der aktiven bezw. passiven Legitimation

Digitized by Google

der Gesetzgeber positive Entscheidungen darüber bringt, wie es mit der Tragung der Kosten eines Prozesses bestellt sei, den einer der Ehegatten in Angelegenheiten des ehelichen Güterrechts oder in eigenen Angelegenheiten geführt hat (vgl. §§ 1387 Nr. 1, 1412 II, 1415 Nr. 3, 1416 I und II, 1460 II, 1532, 1535 Nr. 2).

Nimmt man hinzu, daß neben der „Klage" ihre materiellrechtliche Grundlage, der „Anspruch",[2]) und neben diesem die „Einrede"[3]) von hoher Wichtigkeit sind; nehmen wir ferner hinzu, daß außer den bereits erwähnten „Urteilen" auch andere „vollstreckbare Titel" eine Rolle spielen (vgl. §§ 1233 II, 1268, 1277); ferner, daß die Frage der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit bisweilen gestreift wird (vgl. §§ 132 II Satz 2, 2369 II Satz 2, EBGB. Art. 6) und daß der Begriff der Klagerhebung auch für das Internationale Privatrecht Bedeutung besitzt (vgl. EBGB. Art. 17 I und III); erinnern wir uns sodann unserer Beobachtungen (oben S. 68 ff.) über die Begriffe „Interesse", „wichtiger Grund" und „Billigkeit", welche für den Richter neben einer neuen Perspektive auch neue Ausdehnung seiner Funktionen (und seiner Verantwortlichkeit!) eröffnen; erwägen wir endlich, daß das BGB. (z. B. in § 132 I und II, oben S. 245 f.) mehrfach[4]) positiv auf die Vorschriften der Civilprozeßordnung Bezug nimmt: so ergibt sich im ganzen eine zur Zeit noch schwer übersehbare Fülle der interessantesten Beziehungen zwischen dem BGB. und dem Prozeßrechte:[5]) Beziehungen, welche eine reiche Fundgrube für dankbare

äußern sich §§ 1380 Satz 1, 1394 Satz 1, 2212 bezw. 1958, 2213 I—III; über die Notwendigkeit der Zustimmung des Ehemannes §§ 1400 II, 1407 Nr. 2 bis 4 (1449).

[1]) Vgl. dieses Wort ferner in §§ 1309 II, 1596 III, 1795 I Nr. 3, 2354 I Nr. 5, EBGB. Art. 46 II § 55.

[2]) Ueber den „Anspruch" vgl. BGB. § 194 I und dazu oben S. 293.

[3]) Vgl. Hellmann S. 200 ff., Kuhlenbeck S. 557 ff. und auch Mot. I S. 359 f., 363 ff., sowie Fischer in der oben S. 293 Anm. 3 citierten Schrift S. 94 ff. Die Einreden fallen unter die „Einwendungen" im weiteren Sinne (vgl. §§ 404, 417 I Satz 1 und II, 784 I, 796); vgl. Planck S. 49, Fischer-Henle S. 97 Anm. 6.

[4]) Vgl. BGB. §§ 60 II, 132 I und II, 176 I Satz 1, 2361 II Satz 2; EBGB. Art. (1, 33) 42 Nr. III § 7 II, Art. 152. Auch das Umgekehrte ergibt sich für die künftige Novelle zur CPO. Vgl. einstweilen die Reichstagsvorlage z. B. in §§ 276 a, 293 b, 293 f Nr. 3.

[5]) Auch der Strafprozeß und das Strafrecht spielen vielfach ins

Digitized by Google

und dankenswerte Einzeluntersuchungen in kleineren oder größeren Abhandlungen, namentlich auch aus der Feder von Praktikern, eröffnen.

Das Gleiche läßt sich betreffs einer anderen Reihe von Fragen behaupten, welche ebenfalls im BGB. selber einer Regelung ex professo entbehren und (im Gegensatze zu dem oben S. 308 erwähnten) auch bereits in der I. Lesung unerörtert blieben, über welche jedoch die Motive[1]) einige sehr wertvolle Bemerkungen bieten. Diese Einzelfragen fassen die Motive selbst unter der Überschrift „Rechte im allgemeinen" zusammen. Hierbei werden dann insbesondere[2]) folgende Punkte berührt: Entstehung bezw. Erwerb der Rechte — insbesondere Erwerb durch Rechtsnachfolge[3]) inter vivos und mortis causa; Übertragbarkeit[4]) und Vererblichkeit,[5]) Verpfändbarkeit[6]) und Pfändbarkeit[6]) —; Erlöschen der Rechte — ins-

BGB. hinüber und umgekehrt dies in jene Disziplinen. Vgl. BGB. §§ 823, 824 I, 825, 827, 847 II, 839, 841, 992, 2025 Satz 1, 1565 I (2335 I), 1680 I Satz 1, 2333 Nr. 1—3 (2334, 1621 II), 1781 Nr. 4, 2237 Nr. 2 und 3 (2244 I Satz 2, 2250 II Satz 2), 2339 I Nr. 1 und 4 (2345), sowie meine oben S. 89 Anm. 7 erwähnte Abhandlung, insbes. § 8 S. 144 ff. und wegen des Strafverfahrens (der Frage nach der Tragung der Kostenlast) insbes. dort S. 147 a. E. und BGB. §§ 1387 Nr. 2, 1388, 1529 II, 1415 Nr. 1 und 3, 1417 I, 1536 Nr. 3 und 4, 1537 I (1654 Satz 2 und 1660). — Zur ersten Lesung v. Liszt, die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht (Heft 5 der oben S. 10 Anm. 1 erwähnten Beiträge, 1889).

[1]) Mot. I S. 271—278 (bei Haiblen Bd. I S. 218—222 abgedruckt).

[2]) Vgl. daselbst aber auch noch Bemerkungen über die Verschiedenheiten der Rechte (Mot. a. a. O. S. 271) und über Entstehung bezw. Erwerb überhaupt.

[3]) Ueber Erwerb seitens eines Nichtberechtigten vgl. insbes. (Mot. a. a. O.) betreffs der Immobilien §§ 892, 1138 (1155 I), betreffs der Mobilien §§ 932 f., 935 f., 1205, 1207 f., 1242, 1244, 1273, 2366 f. Zur Frage der Rechtsnachfolge eingehend auch Hellmann S. 51 ff., Kuhlenbeck S. 310 ff.

[4]) Die Uebertragbarkeit des Rechts ist ausgeschlossen nach §§ 399, 400, 514 Satz 1 (1098 I Satz 1), 717 (719 I), 847 I Satz 2, 1059, 1092, 1110 f., 1408, 1427 II Satz 3, 1442 I, 1585 I Satz 2, 1658. Vgl. ferner (in den Mot. noch nicht erwähnt) §§ 38, 664 II, 1103, 1300 II, und wegen unübertragbarer Rechte auch §§ 1069 II, 1439 Satz 1. Andererseits § 2317 II.

[5]) Unvererbliche Rechte werden erwähnt in §§ 514 (§ 1098 I Satz 1), 520, 530 II, 727 I, 759 I, 847 I Satz 2, 1061, 1502 I Satz 2, 1615 I. Vgl. ferner §§ 38, 1300 II; vgl. auch § 1713 I und andererseits § 2317 II.

[6]) Unverpfändbar und unpfändbar sind die unübertragbaren Rechte; vgl. wegen Ausschlusses der Verpfändung § 1274 II, wegen Ausschlusses der Pfändung ferner § 377 I (vgl.

Digitized by Google

besondere[1]) durch Konfusion[2]) bezw. Konsolidation[3]) und durch Verzicht[4]) —; Ausübung der Rechte[5]) und Kollision der Rechte bezw. der Klagen.[6])

---

auch EVGB. Art. 89 und auch BGB. §§ 394 Satz 1, 400) und wegen rechtsgeschäftlichen Ausschlusses der Pfändung und Verpfändung § 137.

[1]) Den Erlöschungsgrund des concursus duarum causarum lucrativarum kennt das BGB. nicht. Vgl. Mot. a. a. O. S. 273.

[2]) Fälle der Konfusion bieten §§ 425 II, 429 II, 432 II, 1976, 2143, 2175, 2377. Vgl. zu diesem Thema Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach dem bürgerlichen Rechte, Hallenser Inaugural-Dissertation 1897.

[3]) Fälle der Konsolidation vgl. in §§ 889, 1063, 1072, 1163 I Satz 2, 1176 (1976, 2143, 2175, 2377); vgl. ferner § 1178 I Satz 1.

[4]) Den Verzicht (vgl. dazu auch Hellmann S. 55 f., Kuhlenbeck S. 314 ff.) erklären für statthaft §§ 658 II, 1503 III, 2352, ferner §§ 533, 671 III, 914 II Satz 1, 928 I, 959, 976 I, 1171 I Satz 1 und III, 1056 II Satz 2, 1175 I Satz 1 und 2, 1178 II Satz 1, 1491 I—IV, 1501 I, 1517 I und II, 1662, 2346 ff.; für unstatthaft erklären ihn §§ 276 II, 1245 II, 1614 I und ferner § 1714 II. Wegen des Verzichtes vgl. ferner §§ 517, 708 II, 1137 II, 1169; vgl. auch §§ 239 II, 397, 773 I Nr. 1.

[5]) Vgl. hierzu insbesondere § 226 (oben S. 66 f.), sowie §§ 906 ff.

[6]) Hierzu § 879 und auch (Mot. a. a. O. S. 276 oben) §§ 880 f., 914 I, 1007 II, 1208 f., 1232, 1290. — Vgl. Einzelbestimmungen in §§ 1024, 1060, 1090 II, §§ 744 f., 866, 1609 II.

Digitized by Google

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

§ 64. Vorbemerkung.

Das zweite Buch[1]) („Recht der Schuldverhältnisse") zerfällt in sieben Abschnitte, von denen die Abschnitte I, II, III und VII weiter in Titel gegliedert sind; der die einzelnen Schuldverhältnisse, also den „besonderen Teil" des Obligationenrechts, in 421 Paragraphen behandelnde Abschnitt VII zerfällt sogar (wie wir früher, oben S. 23 sahen) in nicht weniger als 25 Titel. Der Inhalt der einzelnen Abschnitte bezw. Titel ist aus den Überschriften ziemlich deutlich zu entnehmen.

Was nun zunächst Abschnitt I Titel I betrifft, so behandelt er eine große Menge hochwichtiger allgemeiner Fragen im ganzen mit lobenswerter Klarheit und zugleich mit stark sozialer Färbung und vielfach in Anlehnung an das bisherige Handelsrecht. Die Disposition[2]) dieses Tit. I ist des genaueren folgende: I. §§ 241 und 242: Inhalt des Schuldverhältnisses (der Leistung)); II. §§ 243 ff.: ge-

[1]) **Litteratur:** Zum ganzen zweiten Buche einstweilen (Mai 1898) nur Endemann Teil II (Berlin 1898) und Ostermeyer S. 65 bis 259 und als Kommentare Meisner (Breslau 1898) sowie bis BGB. § 661 Planck Buch II. 3. und 4. Lieferung (Berlin 1898). Zu Abschnitt I bis VI Cosack §§ 80—120 S. 282 bis 387, sowie Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (Berlin 1897) und als Kommentar (bis BGB. § 433) Scherer (Heft 1 und 2 der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen" Teil 1 — Bürgerliches Recht, Bd. VII, Recht der Schuldverhältnisse des BGB. — Erlangen 1897), zu Abschnitt VII Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse (Berlin 1897). Zum I. Entwurf insbesondere Lothar Seuffert in Heft 11 der oben S. 10 Anm. 1 erwähnten Beiträge (Berlin 1889); über weitere Litteratur zum I. Entwurf Reatz (vgl. oben S. 10 Anm. 1) S. 19—33 (S. 93 bis 107).

[2]) Vgl. auch Denkschrift S. 61 ff.

Digitized by Google

setzliche Auslegungsregeln; III. §§ 246 ff.: Zinsen; IV. §§ 249 ff.: Schadensersatz; V. §§ 259 ff.: Rechenschaftsbericht und Offenbarungseid; VI. §§ 262 ff.: Alternativobligation; VII. § 266 Teilleistung; VIII. §§ 267 f.: Erfüllung durch Dritte; IX. §§ 269 f.: Ort der Leistung; X. §§ 271 f.: Zeit der Leistung; XI. §§ 273 f.: Zurückbehaltungsrecht; XII. § 275: Unmögliche Leistung; von dieser ist dann auch weiter in §§ 279 ff. die Rede (vgl. oben S. 91); XIII. §§ 276 ff.: Verschulden; XIV. §§ 284 ff.: Verzug des Schuldners (woran sich dann recht glücklich, vgl. ebenda, der zweite Titel §§ 293 ff.: „Verzug des Gläubigers" anschließt).

Vor Betrachtung der Einzelheiten sind noch einige Bemerkungen erforderlich. Das BGB. trennt aufs schärfste die beiden Fragen des *obligatorischen* und des *dinglichen Rechtsverhältnisses*, indem es letzteres von der ihm zu Grunde liegenden obligatorischen causa gänzlich unabhängig auftreten läßt[1]) und Verquickungen beider Fragen vermieden hat, wie sie sich z. B. in dem „Recht zur Sache" das ALR.[2]) zeigen. Ferner schweigt das BGB. über die sog. Naturalobligationen (unvollkommene Obligationen), obgleich es[3]) einige Fälle davon kennt; nämlich Spiel und Wette (§§ 762 ff.), verjährte Forderung (§ 222 II, oben S. 302), Aussteuer (§ 1624) und Ehemäklerlohn (§ 656).[4]) Vor allem aber hat das BGB. die *Begriffsbestimmung* des Schuldverhältnisses gänzlich der Wissenschaft überlassen,[5]) wenn freilich es seine *Wirkung* (in § 241, unten S. 318) ausdrücklich hervorhebt. Auch die einzelnen *Entstehungsgründe*, nämlich Vertrag[6]) und Gesetzesvorschrift (hier wiederum insbesondere Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen,[7]) aus verwandtschaftlichen oder familienrechtlichen Beziehungen,[8]) aus anderen Thatsachen, wie Verschulden eines Dritten oder Schadens-

[1]) Vgl. Mot. II S. 3, sowie Endemann § 95 S. 401 ff.

[2]) ALR. I, 2 § 134 f., I, 19 § 5.

[3]) Trotz gegenteiliger Behauptung der Mot. II S. 106.

[4]) Vgl. dazu auch Stammler §§ 6 ff. S. 26 ff., Endemann § 99 S. 417 ff.

[5]) Mot. II S. 2.

[6]) Vgl. insbes. BGB. §§ 305 ff., sowie aus Abschn. VII die Tit. I—VIII, X, XII—XIV, XVI—XXII.

[7]) Vgl. Abschn. VII Tit. XXV (§§ 823 ff.).

[8]) Vgl. Buch IV Abschn. II Tit. III §§ 1601 ff. (Unterhaltspflicht).

Digitized by Google

zufügung durch ein Tier)[1]) werden nur mittelbar, nicht ex professo hervorgehoben. — Die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Schuldverhältnisse sind im allgemeinen (EBGB. Art. 170, Ausnahmen Art. 171 ff.) nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse. Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung. § 65.

Der Gegenstand der Leistung im allgemeinen.

Als Inhalt des Schuldverhältnisses[2]) bezeichnet nun § 241 das Recht des Gläubigers, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Worin diese Leistung bestehen könne, wird nur in der einen Richtung angedeutet, daß auch ein Unterlassen den Gegenstand der Obligation bilden kann, also z. B. die Nichteröffnung eines Konkurrenzgeschäftes oder auch das Nichtrauchen (z. B. als Teil der Vertragsbedingungen, denen sich der Fahrgast der I. Bahnklasse oder der Zirkusbesucher unterwerfen muß). Da das BGB. im Übrigen wegen des Inhaltes der Obligationen schweigt, kann er so mannigfach wie möglich sein und alles das umfassen, woran die Parteien ein Interesse irgend welcher Art haben, selbst wenn sich dies Interesse nicht in Geld ausdrücken läßt[3]) und auch nicht durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe (§§ 339 ff.; vgl. insbes. § 343 I Satz 2) eine finanzielle Prägung empfangen hat. Darnach darf im Mietsvertrage das Halten eines Stubenhundes ausdrücklich gestattet oder untersagt werden, und auch ein selbständiger Vertrag des Inhaltes ist denkbar, daß jemand, von dessen Unterhaltung man sich Gewinn verspricht, wöchentlich einmal zu Besuch komme, den andern täglich zum Spaziergange abhole oder ihm monatlich einen Brief sende; vorausgesetzt natürlich, daß die Parteien wirklich die ernstliche Absicht hatten, sich rechtlich zu binden.[4])

[1]) BGB. §§ 831 ff.

[2]) Vgl. hierzu insbes. Kohler, Das Obligationsinteresse (im Archiv für bürgerl. Recht Heft 12, 1897, S. 1 ff.), sowie Hellwig, Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit (im Archiv für civil. Praxis Bd. 86, 1896, S. 223—248), Kuhlenbeck in der Jur. Wochenschr. 1897 Nr. 40 f. S. 361 ff.

[3]) Vgl. Mot. II S. 5. Ferner Endemann S. 409, Stammler S. 2 ff. Für Schadensersatzansprüche im besonderen vgl. jedoch BGB. § 253. Vgl. auch § 1986 II Satz 2.

[4]) Hierzu vgl. BGB. § 118 (eventuell auch §§ 116, 119 I) und dazu oben S. 222 ff., sowie Stammler S. 4 a. E. Diese Absicht wird z. B. vorliegen, wenn obige Abrede zwischen einem armen Studenten und einem reichen Parvenu geschlossen wird und der Student dafür bisweilen eingeladen oder auf Reisen mitgenommen werden soll (hier ließe sich sogar

Digitized by Google

Doch schränkt sich der Inhalt der Obligationen negativ dadurch ein, daß er nicht gesetz- oder moralwidrig[1]) sein darf (§§ 134 ff., oben S. 250 ff.); denn dann wäre das Schuldverhältnis nicht schutzwürdig. Ob überhaupt die Abrede diesem von den Kommissionsprotokollen[2]) hervorgehobenen Erfordernis der Schutzwürdigkeit entspricht und welche Grenzen trotz des Stillschweigens unseres BGB. für den Inhalt der Obligationen gezogen werden müssen, ist im einzelnen sehr bestritten[3]) und zweifelhaft. — Wegen des Inhaltes der Verträge im besonderen sind übrigens noch Bestimmungen in BGB. §§ 306 ff., 309 f., 312 I enthalten; vgl. unten § 79.

Daß die Leistung vom Schuldner so bewirkt werden muß, wie „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" (§ 242), haben wir bereits in der Einleitung (S. 78) als einen der Kardinalgrundsätze des BGB. kennen gelernt,[4]) und desgleichen ist uns aus anderem Zusammenhange die Bestimmung des § 243 I (über Gattungssachen als Leistungsgegenstand) bekannt (oben S. 182); noch nicht erörtert wurde es dagegen, daß nach § 243 II (in positiver Entscheidung einer gemeinrechtlichen Kontroverse) die Verwandlung der Genusschuld in eine Speziesschuld[5]) — die Konkretisierung des Schuldverhältnisses[6]) — und der Übergang der Gefahr auf den Gläubiger in dem Moment eintreten, wenn der Schuldner seinerseits das zur Leistung eines tauglichen Stückes Erforderliche gethan hat.[7])

ein Vermögensinteresse auf seiner Seite annehmen) oder wenn er die Erlaubnis erhalten soll, das schöne Klavier des Parvenus zu benutzen. Aehnlich eine Abrede, dem eifrigen Sammler von Briefmarken oder Ansichtskarten bisweilen eine bunte Postkarte zu senden; vgl. hierzu auch Endemann S. 469 Anm. 6.

[1]) Zu diesem Punkte vgl. Lotmar, Der unmoralische Vertrag (Leipzig 1896) S. 64 ff.

[2]) Kommissionsprot. S. 281.

[3]) Vgl. außer Kohler, Endemann und Stammler a. a. O. auch Cosack § 80 S. 283.

[4]) Vgl. einzelnes bei Endemann § 100 S. 420 ff., Stammler §§ 11 ff. S. 43 ff., § 14 S. 55, Cosack § 84 VI S. 297/298 und Danz in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 38 (1898) S. 373 ff. Auch der Gläubiger darf nicht mehr beanspruchen, als jener Maßstab erlaubt; auch er darf nicht gleich Shylok auf seinem Scheine stehen (vgl. oben S. 67), und ergänzend kann auch das Chikaneverbot des § 226 (oben S. 66 f.) eingreifen.

[5]) Kommissionsprot. S. 286.

[6]) Ebenda und Mot. II S. 12.

[7]) Vgl. dazu auch § 300 II. Vgl. ferner Endemann § 119 S. 512 ff.

Digitized by Google

Wie § 243 I, so enthält auch § 244 eine gesetzliche Auslegungsregel, die gleichfalls an Bestimmungen des älteren HGB. anknüpft;[1]) ins Auge gefaßt wird nur der Fall der Erfüllung im Inlande; ist die Geldschuld im Auslande zu erfüllen, so entscheidet das Internationale Privatrecht.[2])

§ 245 handelt von Erfüllung in einer außer Kurs gesetzten oder in Verruf erklärten Münzsorte und bestimmt, daß nicht etwa der ganze Vertrag selbst nichtig geworden sei, sondern nur die bezüglich der Münzsorte getroffene Abrede; statt dieser Münzsorte ist ihr jetziger bezw. letzter Kurswert zu ersetzen.

§ 66. Insbesondere die Zinsen.

Hinsichtlich der Zinsen (§§ 247 ff.) haben wir schon gesehen,[3]) daß ihr Normalmaß im Gegensatze zur I. und II. Lesung 4 Prozent beträgt und daß die prinzipiell durchaus gestattete Vereinbarung eines höheren Zinssatzes nur darin eine Schranke findet, daß in Nachbildung und unter Aufhebung der älteren reichsrechtlichen Normen[4]) bei Abrede von mehr als 6 Prozent dem Schuldner nach Ablauf von 6 Monaten ein — durch anderweitige Vertragsabrede nicht tangierbares — Kündigungsrecht mit sechsmonatlicher Kündigungsfrist zusteht, sodaß er also im ganzen nur ein Jahr lang unter dem Drucke des überhohen Zinssatzes zu bleiben genötigt ist.

Als Fälle der gesetzlichen Zinsen begegnen im BGB.: Verzugszinsen (§ 288 I; vgl. § 290), Prozeßzinsen (§ 241), Zinsen für den Kaufpreis seit Übergang der Nutzungen auf den Käufer (§ 452), für das Honorar bei Werkvertrag seit Abnahme des Werkes (§ 641 II), für das vom Beauftragten oder vom Depositar oder vom Vormunde

[1]) Zu § 244 vgl. HGB. Art. 336 II, zu § 243 I Art. 335 (vgl. auch oben S. 182).

[2]) Vgl. Mot. II S. 13. Das EBGB. schweigt über diesen Punkt.

[3]) Oben S. 64/65, S. 38 (Anm. 2); vgl. auch S. 45) und zur zweiten Lesung Conrad in den Jahrb. f. Nationalökonomie und Statistik Bd. 10 (Jena 1895) S. 906 ff.

[4]) Vgl. EBGB. Art. 47. Für Bayern, Württemberg und die drei freien Städte, sowie für Frankfurt a. M., Sachsen-Weimar und Sachsen-Coburg ist § 247 I allerdings eine Neuerung, weil dort zufolge der Klausel im § 5 des Bundesgesetzes vom 14. November 1867 betr. die vertragsmäßigen Zinsen § 2 dieses Gesetzes zur Zeit nicht gilt. Vgl. Mot. II S. 196 Anm. 1.

Digitized by Google

im eigenen Nutzen verwendete Geld (§§ 668,[1]) 698, 1834).[2]) Da hier nirgends von der Höhe des Zinsfußes gesprochen wird — oder doch nur in § 288, welcher aber gleichfalls die Höhe der Verzugszinsen auf 4 Prozent angibt[3]) — bezieht sich die Schlußbemerkung des § 246 („sofern nicht ein anderes bestimmt ist") lediglich auf die rechtsgeschäftlichen Zinsen.

Wie schon nach dem Bundesgesetz vom 14. November 1867,[4]) kommt das geschilderte Kündigungsrecht des Schuldners, der mehr als 6 Prozent versprach, in Fortfall bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 247 II). Ebenso kennt für diesen und einige andere Fälle das BGB. Ausnahmen von dem aus dem römischen Rechte übernommenen, in § 248 I kodifizierten und nach § 289 auch für Verzugszinsen geltenden Verbote des Anatocismus. Denn einmal können sich[5]) Kreditanstalten wie die Bodenkreditinstitute (Hypothekenbanken, Pfandbriefinstitute) nach § 248 II Satz 2 Verzinsung von Zinsrückständen versprechen lassen, weil sie ja ihrerseits den Inhabern der von ihnen ausgegebenen Zinsscheine zu pünktlicher Zahlung verpflichtet, also bei Verzug ihrer eigenen Darlehensschuldner zu Vorschüssen genötigt sind. Und ferner können nach § 248 II Satz 1 Bankiers, Sparkassen und Kreditanstalten zu Gunsten ihrer Darlehensgeber die für den Geschäftsbetrieb wichtige Abrede treffen, daß die unabgehobenen Zinsbeträge als neue zinstragende Einlagen gelten sollen.[6]) Auf alle andern zinstragenden Forderungen findet das Verbot des Anatocismus nach § 248 I jedoch nur Anwendung, wenn es sich um eine Vereinbarung „im voraus" handelt, nicht, wenn die bereits rückständigen Zinsen gegen Zinsen dieser

[1]) Dazu vgl. § 675.

[2]) Vgl. ferner §§ 256 (unten S. 324), 347 Satz 3, 820 II, 849, 1133 Satz 3.

[3]) Ueberflüssigerweise, da diese Höhe des Prozentsatzes eben aus § 246 folgt. Vgl. aber oben S. 88 Anm. 8. Von 5 Prozent sprechen, jedoch in ganz anderem Zusammenhange, BGB. §§ 1119, 1264 II (unten S. 322).

[4]) BGBl. S. 159. Daselbst § 2 III.

[5]) Vgl. zum folgenden Kommissionsprot. S. 475.

[6]) Eine dritte Ausnahme eröffnet EBGB. Art. 94 I für die partikularrechtlichen Bestimmungen über gewerbliche Pfandleihe.

Digitized by Google

Rückstände nunmehr gestundet werden sollen; solcher Abrede steht kein gesetzliches Hindernis entgegen.[1])

Es empfiehlt sich, in diesem Zusammenhange auch die übrigen allgemeineren Bestimmungen zu prüfen, welche das BGB. über die Zinsen enthält. — Einen Teil dieser Vorschriften kennen wir allerdings schon: wir kennen die Hauptfälle der gesetzlichen Zinsen (oben S. 320 f.); wir wissen ferner, daß die Zinsen unter die „Früchte" und „Nutzungen" eines Rechtes gehören (§§ 99 ff., oben S. 199 ff.), und daß Zinsansprüche in vier Jahren bezw., wenn der Hauptanspruch einer kürzeren Verjährungsfrist unterliegt, mit diesem verjähren (§§ 197, 224, oben S. 295, 301 f.).[2]) Dieser Umstand beweist die accessorische Natur des Zinsanspruchs,[3]) die sich aber auch zu seinen Gunsten dahin äußert, daß das Mobiliar- und Immobiliarpfand, sowie das Schiffspfand auch für die Zinsen der Forderung haftet[4]) (§§ 1210 I Satz 1, 1118, 1264 I), und bei hypothekarischem und Schiffspfand sogar soweit geht, daß für die garnicht oder mit weniger als 5 Prozent verzinsliche Forderung auch ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Gläubiger eine Verzinsung zu 5 Prozent ins Grundbuch bezw. Schiffsregister eingetragen werden darf (§§ 1119, 1264 II). — Wie diese Vorschriften mit dem älteren Recht übereinstimmen, so auch die Pflicht des Vormundes zu verzinslicher Anlegung des Mündelgeldes (§ 1806)[5]) sowie die näheren Details über die bereits (S. 320) erwähnten Verzugszinsen, die zwar auch 4 Prozent betragen, aber unbeschadet eines etwaigen Rechtsanspruchs auf höhere (z. B. vertragsmäßige sechs) Prozente und auf Liquidation eines weiteren Schadens (§§ 288 I und II, 289 Satz 2); Verzugszinsen sind auch für einen Geldbetrag zu entrichten, den der Schuldner als Ersatz des Wertes bezw. der Wertminderung zu

[1]) Das gemeine Recht (l. 28 C. de usuris 4, 32) hatte auch diese Abrede verboten; das ALR. I, 11 § 819 hatte sie nur zugelassen, wenn über mindestens zweijährige Rückstände neue Schuldscheine ausgestellt werden.

[2]) Vgl. auch § 223 III, oben S. 295 Anm. 6.

[3]) Vgl. aber die Ausnahmebestimmung in § 803.

[4]) Auch der Bürge haftet für die Zinspflicht des Hauptschuldners (§ 767 I Satz 1).

[5]) Dazu vgl. §§ 1079 Satz 1, 1288 I Satz 1, 1642 I, EBGB. Art. 99.

Digitized by Google

leisten hat, wenn während seines Verzuges der von ihm herauszugebende Gegenstand unterging oder verschlechtert wurde (§ 290). — Verzugszinsen sind jedoch nicht zu entrichten von Zinsen überhaupt (§ 289 Satz 1), ferner nicht seitens des Schenkers (§ 522); auch hört jede Zinspflicht auf, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug einer verzinslichen Geldschuld gerät (§ 301) bezw. wenn der Schuldner die von ihm zu leistende Sache mit Fug und Recht hinterlegt hat (§ 379 II). — Der Gläubiger darf eine unvollständige Leistung zunächst auf die Kosten und dann auf die Zinsen anrechnen, welche der Schuldner zu entrichten hat, und erst den Rest auf die Hauptschuld selbst (§ 367 I); andere Anordnungen des Schuldners berechtigen den Gläubiger zu gänzlicher Annahmeverweigerung (§ 367 II).[1])

Unbekannt sind dem BGB. die landrechtlichen Vorschriften[2]) über gewisse Rechtsvermutungen, die sich aus vorbehaltloser Quittung über die letzte Zinsrate oder über das Kapital für die Berichtigung der älteren Raten bezw. der ganzen vertragsmäßigen Zinsforderung ergeben, und die bei anhaltender Zinszahlung für das Bestehen der Kapitalsforderung selber sprechen bezw. ihre Ersitzung herbeiführen. Unbekannt ist dem BGB. vor allem auch das gemeinrechtliche Verbot von Zinsen, welche ultra alterum tantum gehen. — Die nach ALR.[3]) nur ausnahmsweise anerkannte, für das gemeine Recht kontroverse[4]) Befugnis des Schuldners, der eine unverzinsliche Schuld vor ihrer Fälligkeit bezahlt, ein Interusurium abzuziehen, ist vom BGB. (§ 272) ausdrücklich beseitigt worden, desgleichen für eine vorzeitig erfüllte betagte Forderung die Erstattung von Zwischenzinsen und die condictio indebiti (§ 813 II).[5]) — Über die Fälligkeitstermine enthält nur § 608

[1]) Zu § 367 vgl. § 1214 II und III.

[2]) ALR. I, 11 §§ 842 ff., §§ 837 ff.

[3]) ALR. I, 16 § 171 bei Zahlung durch einen „Unfähigen".

[4]) Vgl. Mot. II S. 40.

[5]) Doch kommt der Begriff des Interusurium an zwei anderen Stellen (§§ 1133 Satz 3 und 1217 II Satz 2) zum Durchbruche. Die Berechnungsweise entspricht hier der sog. Hoffmannschen Methode, wie in § 58 der Konkursordnung.

Digitized by Google

betreffs der Darlehenszinsen eine Vorschrift. — Endlich wird der Zinsen noch in § 256 Erwähnung gethan, indem es hier heißt, daß derjenige, welcher Aufwendungen zu ersetzen hat (beispielsweise der Hauswirt für die ihm obliegenden, aber vom Mieter vorgenommenen Reparaturen), die Ersatzsumme auch verzinsen muß und zwar schon vom Tage der Aufwendung selber, soweit nicht der Ersatzberechtigte inzwischen die Nutzungen oder Früchte des herauszugebenden Gegenstandes ohne Vergütung genossen hat. Diese erst von der Reichstagskommission eingefügte[1]) Bestimmung des § 256[2]) leitet uns herüber zu den Vorschriften über den Schadensersatz, die sich an die Vorschriften über die Zinsen anschließen.

§ 67. Der Schadensersatz.

Schadensersatz[3]) kann aus den verschiedensten Gründen zu leisten sein:[4]) wegen Begehung einer unerlaubten Handlung (wie Körperverletzung oder Sachbeschädigung); wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit (z. B. weil der Fuhrhalter den Reisenden nicht rechtzeitig abholt und dieser daher den Bahnzug und somit einen sicheren Geschäftsabschluß versäumt); auf Grund vertragsmäßiger Abrede (z. B. mit der Versicherungsgesellschaft, welche den Brandschaden ersetzen soll); oder auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift (z. B. bei Enteignung von Mobilien oder Immobilien). Da nun entsprechend dieser großen Zahl von Gründen des Schadensersatzes auch die einzelnen im Gesetze begegnenden Fälle zahllos sind, so muß es als durchaus billigenswert bezeichnet werden, daß das BGB. in §§ 249—255 (256—258) allgemeine Vorschriften über derartige Fälle gibt.

Zunächst wird in §§ 249 ff. erörtert, wie die Ersatzpflicht zu erfüllen sei. Die Regel bildet nun nach § 249 Satz 1

[1]) Vgl. Kommissionsber. S. 1964 f.

[2]) Ueber sonstige reichsrechtliche Normen (außerhalb des BGB.), welche von Zinsen und insbesondere vom Zinswucher handeln, vgl. namentlich Cosack S. 310 ff. und Endemann S. 528 ff., über wucherische Abreden auch BGB. § 138 II und dazu oben S. 255.

[3]) Vgl. zu BGB. §§ 249—255 auch Kuhlenbeck in der Juristischen Wochenschrift (Berlin) 1897 Nr. 57 und 58 S. 521 ff.

[4]) Vgl. Cosack S. 315.

Digitized by Google

Wiederherstellung des früheren Zustandes („Naturalrestitution",[1]) „Schadensbeseitigung"),[2]) aber die vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmen[3]) sind so zahlreich und umfassend, daß ihr Ergebnis, die Geldentschädigung, in der forensischen Praxis wohl die Regel bilden wird. Geldentschädigung tritt nämlich zunächst ein: wenn die Wiederherstellung unmöglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist (§ 251 I); was würde es helfen, wenn für einen beschädigten Rembrandt von einem noch so hervorragenden Künstler der Gegenwart eine noch so vortreffliche Nachbildung gefertigt wird, oder wenn der unpünktliche Fuhrhalter den Reisenden umsonst zu dem am nächsten Tage abgehenden Zuge fahren will? — Geldentschädigung tritt ferner ein, und zwar im Interesse des Ersatzpflichtigen, wenn die Herstellung unverhältnismäßige Aufwendungen erfordern würde (§ 251 II, s. oben S. 66).[4]) — Sodann hat der Entschädigungsberechtigte seinerseits die Wahl, ob er Naturalrestitution beanspruchen oder sich mit Gelderſatz begnügen will. Dies Wahlrecht gebührt ihm zunächst (§ 249 Satz 2) bei Verletzung seiner eigenen Person und bei Sachbeschädigung[5]) und sodann (§ 250) in allen Fällen in der Form, daß er dem Ersatzpflichtigen ein „Ultimatum"[6]) stellt, indem er ihm eine angemessene Frist zur Herstellung bestimmt, nach deren Ablaufe er die Naturalrestitution ablehnen werde und dann auch ablehnen muß.

Eine solche Geldentschädigung wird vom rechtsphilosophischen Gesichtspunkte nur da angebracht erscheinen, wo Geld wirklich im stande ist, den Schaden zu reparieren oder doch einigermaßen gut

---

[1]) Kommissionsprot. S. 295.
[2]) Vgl. Cosack S. 318 a. E.
[3]) Vgl. ferner § 951 I Satz 2.
[4]) So die Beförderung des Reisenden mittels eines vom unpünktlichen Fuhrhalter zu bezahlenden Extrazuges, der den Reisenden noch rechtzeitig an sein Ziel bringen würde; oder die Neufertigung des beschädigten Gemäldes durch den noch lebenden, aber vielleicht fern wohnenden Künstler, während ein einheimischer Maler eine recht geschickte Reparatur des kleinen Schadens für ein verhältnismäßig geringes Honorar liefern würde.
[5]) Sachbeschädigung im Gegensatze zur Sachentziehung.
[6]) Vgl. Stammler S. 123 Anm. 3.

Digitized by Google

zu machen. Daraus folgt, daß ein bloßes Affektionsinteresse[1]) nicht geeignet ist, einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen oder gar über den Ersatz des objektiven Sachwertes zu steigern. So darf der Geschäftsreisende, welcher wegen der Unpünktlichkeit des Fuhrhalters den Bahnzug versäumte, keinen Ersatz beanspruchen, wenn seine nach Bayreuth geplante Fahrt nicht einem Geschäftsabschlusse, sondern dem Besuche der Parsifalaufführung gelten sollte; dagegen darf der in der gleichen Lage befindliche Musikreferent vom Fuhrhalter Vergütung darum verlangen, weil der für die heimische Zeitung übernommene Bericht nun unterbleiben muß, und ein Kapellmeister kann unter Umständen sogar Ersatz der Einbuße beanspruchen, welche ihm aus Versäumung der Vorstellung in seiner musikalischen Fortbildung erwachsen ist: er müßte dabei allerdings weiterhin (eventuell durch Sachverständige) nachweisen können, daß sich diese intellektuelle Einbuße in eine materielle umrechnen läßt (etwa dahin, daß nun die geplante Tournée, bei welcher die an Ort und Stelle studierte Parsifalmusik eine besondere Anziehungskraft auf das Publikum ausüben sollte, weniger Kassenerfolg gebracht habe; vgl. auch § 252). — Denn wenn ein Vermögensschaden überhaupt nicht entstanden ist, so greift (§ 253) auch keine Pflicht zur Geldentschädigung[2]) Platz, es sei denn, daß einer der wenigen Fälle vorliegt, in denen das Gesetz auch hier Schadensersatz in Geld ausdrücklich normiert. Diese wenigen Fälle sind die uns bereits bekannten §§ 847 und 1300 (oben S. 63), an welche sich § 1715 I Satz 2 anschließt.[3])

[1]) So wird der Fuhrwerksbesitzer, dem eines seiner Wagenpferde vom feindlichen Nachbarn vergiftet wird, nicht etwa darum eine höhere Ersatzsumme beanspruchen dürfen, weil gerade dies Tier wegen seiner Klugheit und Folgsamkeit der besondere Liebling des Herrn gewesen ist; wohl aber kann diese Klugheit und Folgsamkeit in ihrer Eigenschaft als objektiver Vorzug des Tieres den Wert erhöhen. Und ebenso kann sich der Wert dadurch steigern, daß das Tier für das Zweigespann oder für den Viererzug nur ganz besonders schwer zu ersetzen ist.

[2]) Möglichenfalls aber ein Anspruch auf „Buße". Vgl. die Einzelfälle z. B. bei Endemann S. 562 Anm. 18.

[3]) Vgl. ferner § 343 I Satz 2, der betreffs Abmessung der Konventionalstrafe jedes berechtigte Interesse zur Berücksichtigung bringt. — Wegen des Affektionswertes vgl. übrigens auch § 971 I Satz 3.

Digitized by Google

Die selbstverständliche, freilich im Prozesse oft sehr schwer zu beweisende Voraussetzung eines jeden Ersatzanspruches, nämlich der Kausalzusammenhang[1]) zwischen dem Schaden selber und seiner Veranlassung durch den Thäter, wird im BGB. garnicht besonders hervorgehoben oder ergibt sich doch nur mittelbar aus § 252, welcher als das ganze zu ersetzende Interesse nicht blos das damnum emergens, sondern auch das lucrum cessans bezeichnet[2]) und für dessen Vorhandensein § 252 Satz 2 dem Richter einige wertvolle Winke gibt. Im übrigen ist nicht etwa wie im gemeinen Recht[3]) ein Maximum des Interesses bestimmt,[4]) und ebenso ist es gleichgültig, ob der Schaden ein unmittelbarer oder nur mittelbarer war.[5])

Dagegen bleibt es nicht belanglos, ob zum Gesamteffekte auch ein Verschulden des Beschädigten mitwirkte; doch engt das BGB. (§ 254 I) den Richter hier keineswegs durch kasuistisch-schematische Detailvorschriften[6]) ein, sondern überläßt alles seiner verständigen Abwägung der Umstände.[7]) — Einen Musterfall dieses

[1]) Ueber diesen Punkt besonders eingehend Endemann § 129 S. 567 ff.

[2]) Hierin schließt sich BGB. § 252 dem HGB. (ältere Fassung) Art. 285 an. Ueber die erst allmählich eingetretene Entwickelung dieses Grundsatzes vgl. einen kurzen, aber lehrreichen Abriß bei Cosack S. 317.

[3]) L. unica Cod. de sententiis pro eo quod interest 7, 47.

[4]) Positivere Vorschriften über den Umfang des Schadensersatzes enthalten §§ 1298 I und II und 1299. — Vgl. wegen Schadensersatzes ferner §§ 288 II, 290, 340 II (341 II, 342), 849.

[5]) Man hat nicht etwa, wie nach ALR. (I, 6 §§ 2 f., 15, 18 f.) zu unterscheiden, ob die außerkontraktliche Beschädigung (bezw. die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, ALR. I, 16 § 12) auf grobem oder blos auf geringem Versehen beruht. Wenn also ein Hauseigentümer zu Schadensersatz verpflichtet ist, weil jemand auf der mangelhaft beleuchteten Treppe oder auf dem mangelhaft bestreuten Trottoir zu Falle kam, so haftet er nicht nur auf Ersatz des zerrissenen Beinkleides und auf Ersatz der Kurkosten, sondern auch auf Entschädigung wegen des Erwerbsverlustes, den der Verunglückte während der Krankheit und vielleicht nunmehr lebenslang erleidet. — Wie bei dieser Frage, so ist auch sonst die komplizierte Abstufung des ALR. (1, 5 §§ 285 ff., I, 6 §§ 10 ff.) zwischen den verschiedenen Graden des Verschuldens für den Betrag und die Berechnung des Interesses irrelevant.

[6]) Solche bietet ALR. I, 5 §§ 362 f., indem es bei gleichem Maße beiderseitigen Verschuldens nur für den unmittelbaren Schaden verantwortlich macht.

[7]) In dem Beispiele der Anm. 5 würde also der Richter sehr wohl in Betracht ziehen können, daß der Ver-

Digitized by Google

„konkurrierenden Verschuldens" stellt § 254 II auf: beauftragt man einen Gepäckträger, eine Kiste fortzutragen, in welcher sich ungemein wertvolle Porzellansachen befinden, die vielleicht nicht einmal besonders fest verpackt sind, so muß man ihn doch auf diese Umstände aufmerksam machen.

Die ausgleichende Gerechtigkeit[1]) verlangt es, daß nunmehr der Thäter, welcher den Schadensersatz geleistet hat, in den Genuß der sonstigen Forderungen trete, welche der Beschädigte seinerseits wegen dieser Sache gegen einen Dritten (z. B. gegen eine Feuer- oder Spiegelscheiben- oder Unfallversicherungsgesellschaft) besitzt. Es wäre eine unbillige Bereicherung des Verletzten, wenn er beide Ansprüche geltend machen könnte, und so ordnet § 255 an, daß er diesen zweiten Anspruch an den Ersatzpflichtigen abtreten muß; zunächst freilich diesen Anspruch einzuklagen und erst, wenn er damit nicht durchdringt, den Urheber des Schadens zu belangen, kann dem Beschädigten natürlich nicht zugemutet werden.

Nur lose knüpfen an die Lehre vom Schadensersatze die §§ 256—258 an, von denen uns § 256 schon bekannt ist (oben S. 324). Ein Beispiel zu § 257 wäre, daß der geschäftsführende Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft, aber auf seinen eigenen Namen Geld borgte oder eine Bürgschaft übernahm. Beispiele zu § 258 bilden alle Fälle des jus tollendi: dieses kann nicht nur durch Abrede begründet sein, sondern auch durch das Gesetz; das ist der Fall[2]) zu Gunsten des Mieters (§ 547 II Satz 2), des Entleihers (§ 601 II Satz 2), des der Vindikation ausgesetzten Besitzers (§ 997 I), des Nießbrauchers (§ 1049 II), des Pfandgläubigers (§ 1216 Satz 2), des Vorerben (§ 2125 II).[3])

---

unglückte garnicht oder nur in geringerem Maße zu Schaden gekommen wäre, wenn er nicht betrunken gewesen wäre oder wenn er sich früher in ärztliche Behandlung begeben hätte.

[1]) Auf ihr baut sich auch die „compensatio lucri cum damno" auf. Vgl. über diese vom BGB. nicht direkt beantwortete Frage Mot. II S. 18/19 und auch Endemann S. 559 Anm. 9, Cosack S. 320.

[2]) Vgl. ferner § 500 S. 2 (Wiederverkäufer).

[3]) Vgl. betreffs des jus tollendi auch § 951 II Satz 1, § 2172 II Satz 1.

Digitized by Google

§ 68. Die Rechnungslegung.

Die in §§ 259 und 260 erörterten Grundsätze[1]) über Rechnungslegung bei einer mit Einnahmen und Ausgaben verbundenen Verwaltung (§ 259 I) und über die Vorlegung eines Verzeichnisses bei Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen oder bei Auskunfterteilung über seinen Bestand (§ 260 I) kennen wir schon, weil diese Pflichten die weitere eventuelle Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides involvieren (§§ 259 II, 260 II) und weil diese Pflicht in Angelegenheiten von geringerer Bedeutung fortfällt (§§ 259 III, 260 III; vgl. oben S. 66). Beispiele zu § 259 bilden die Vormundschaftsführung, sowie die Vermögensverwaltung des Inhabers der elterlichen Gewalt und des Ehemannes (§§ 1840 ff., 1890 ff., 1681, 1421 Satz 1).[2])[3]) Beispiele zu § 260 bilden die gleichen Fälle und ferner der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten, welcher nicht als Erbe eingesetzt war, auf Auskunft des Erben über den Bestand des Nachlasses (§ 2314 I Satz 1 und 2).[4]) — § 261, der in Abs. II dem Gericht eine Modifikation der in §§ 259 II und 260 II angegebenen Eidesformel anzuordnen gestattet, regelt ferner in Abs. I die Zuständigkeitsfrage und in Abs. III den Kostenpunkt, beides zu Gunsten des Eidespflichtigen; auch die Beweislast dafür, ob die Annahme begründet sei, daß die Angaben in der Rechnung bezw. im Verzeichnisse nicht sorgfältig genug gemacht seien (§§ 259 II und 260 II), trifft natürlich nicht den Nachweispflichtigen.

[1]) Sie finden auch Anwendung auf die Miterben (§ 2057 Satz 2). Vgl. auch § 2028 III (oben S. 66).

[2]) Vgl. ferner zu §§ 1890 ff. auch §§ 1897 (Vormundschaft über einen Volljährigen), 1915 I (Pflegschaft); zu § 1681 auch § 1640 II, § 1667 II und ferner § 1686 (nicht 1688, wie Haidlen S. 319 citiert); zu § 1421 auch § 1546 III (Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft).

[3]) Ferner § 1214 I (antichretisches Pfand), § 2130 II (Vorerbschaft), § 666 (Auftrag), § 631 (Dienst- oder Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung), § 681 Satz 2 (negotiorum gestio). Zu § 666 vgl. auch § 2218 I, zu § 681 auch § 1978 I Satz 2. Sodann vgl. noch § 740 II.

[4]) Vgl. ferner außer §§ 666, 631, 681 Satz 2, 740 II, 2130 I (vorige Anmerkung) auch §§ 1891 II (Gegenvormund), 402 (Cession), 444 Satz 1 (Verkauf), 2011 Satz 2 (Fiskus als gesetzlicher Erbe), 2028 (Erbschaftsbesitzer), 2362 II (Besitzer eines unrichtigen Erbscheins). Vgl. auch §§ 799 II Satz 1, 1374 Satz 2, 1799 II, 1839, 2027 I und II.

Digitized by Google

§ 69. Die Alternativobligationen.

Bei Alternativobligationen,[1]) von denen §§ 262—265 handeln, ist die wichtigste Frage, welcher Partei das Wahlrecht zusteht. Das kann nach dem Inhalte des Vertrages ein Dritter sein (z. B. der Sohn, für welchen der Vater beim Cigarrenhändler eine Kiste Cigarren zu 8 Mark kauft, dabei aber bestimmt, daß der Sohn selber sich eine der drei Sorten aussuchen solle, die dem Vater geeignet erscheinen). Das kann ferner und wird zumeist einer der Kontrahenten sein; welcher von ihnen, kann das Gesetz bestimmen (vgl. § 340 I Satz 1 und II Satz 2),[2]) aber auch der Vertrag. In dubio ist jedoch der Schuldner wahlberechtigt (§ 262) und sogar auch noch, nachdem der Gläubiger sich zur Klage genötigt gesehen hat, bis die Zwangsvollstreckung durchgeführt wurde (§ 264 I). Selbst wenn an sich der Gläubiger das Wahlrecht besitzt, geht es auf den Schuldner über, sofern der Gläubiger in Verzug geriet und sich auch nicht durch die vom Schuldner gestellte Aufforderung zur Vornahme der Wahl zu einem Entschlusse bewegen läßt (§ 264 II). Wie durch dieses Recht des Schuldners, dem Gläubiger eine angemessene Frist zu setzen, ein Druck auf den Wahlberechtigten geübt werden kann, so auch gegen den Schuldner, wenn dieser der wahlberechtigte Teil ist: denn nunmehr kann der Gläubiger, welcher an sich alternativ klagen müßte, die Zwangsvollstreckung auf diejenige Leistung richten, die ihm besser zusagt (vorbehaltlich der schon erwähnten Befugnis des Schuldners, nun trotzdem die andere Leistung vorzunehmen, § 264 I).

Als empfangsbedürftige Willenserklärung (oben S. 223) muß die Wahl gegenüber dem anderen Teile erklärt werden (§ 263 I). Sobald dies geschehen ist, bleibt ein Widerruf ausgeschlossen (der Wahlberechtigte besitzt kein „jus variandi"), und es tritt „Konzentration" der alternativen Forderung auf den einen Gegenstand ein (§ 263 II); der gleiche Effekt greift nach § 265 Platz, wenn für die eine Leistung von Anfang an oder ex post Unmöglichkeit be-

[1]) Vgl. auch Kuhlenbeck in der Jur. Wochenschr. 1897 Nr. 48 f. S. 446 ff.

[2]) Vgl. ähnlich auch § 1230 Satz 1, § 1087 I Satz 2 und II Satz 3. — Das BGB. gibt beim Kaufe durchaus nicht (wie ALR. I, 11 § 38) das Wahlrecht in dubio dem Käufer.

Digitized by Google

steht, es sei denn, daß diese Unmöglichkeit sich auf einen vom Vertragsgegner des Wahlberechtigten zu vertretenden Umstand (z. B. auf schuldhafte Vernichtung des einen Objektes) zurückführen läßt. Denn alsdann bleibt der Wahlberechtigte im Besitze des Wahlrechtes. Daraus folgt, daß, wenn das Wahlrecht dem Schuldner zusteht, dieser auch den vom Vertragsgegner (vom Gläubiger) vernichteten Gegenstand als[1]) Erfüllungsobjekt bezeichnen und sich dadurch von der Leistung gänzlich befreien kann, und daß, wenn das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht, dieser gleichfalls den vom Vertragsgegner (vom Schuldner) vernichteten Gegenstand als Erfüllungsobjekt bezeichnen und somit Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen darf.[2])[3])

Besondere Vorschriften gelten nach § 2154 beim Wahlvermächtnis.

§ 70. Teilleistung. Erfüllung durch einen Dritten.

Der Grundsatz, daß der Gläubiger sich nicht mit Teilleistungen begnügen muß,[4]) ist natürlich auch ins BGB. (§ 266) übergegangen und involviert zugleich die Befugnis des Gläubigers, derartige unvollständige Leistungen (z. B. auch Rückzahlung der Darlehenssumme

[1]) Natürlich darf er auch den übrig gebliebenen Gegenstand wählen. Dagegen darf er nicht (wie es ALR. I, 11 §§ 33 ff. dem Käufer gestattet) vom Vertrage zurücktreten. Vgl. auch Meisner S. 16 Anm. 1.

[2]) Von der Alternativobligation ist scharf zu trennen die sog. „facultas alternativa". — Während bei der Alternativobligation von Anfang an zwei Gegenstände „in obligatione" sind, gibt die „facultas alternativa" dem Schuldner nur die Befugnis, statt durch Leistung des einzigen in obligatione befindlichen Gegenstandes sich durch eine andere Leistung (insbesondere Geldzahlung) zu befreien. Vgl. auch Endemann S. 508 Anm. 1 a. E. und Meisner S. 14 Anm. 3, der als Beispiele §§ 1973 II Satz 2, 1992 Satz 2, 2329 II nennt. Zu § 251 II vgl. oben S. 325.

[3]) Wieder etwas Anderes ist die „Gattungsschuld", über welche BGB. § 243 (oben S. 319) einige Spezialvorschriften bietet. Vgl. auch § 279, sowie Endemann § 119 S. 512 ff., Cosack § 84 III S. 295.

[4]) Zu diesem Grundsatze vgl. bereits ALR. I, 16 § 57. Unter Umständen kann aber die Abrede oder die Natur der Obligation gerade umgekehrt auf eine Teilleistung hinweisen. So (vgl. Endemann S. 516 Anm. 3) bei Ratenzahlungen und Subskriptionswerken. Hierher wird auch ein Abonnement auf Leistungen des Gegners gehören, wenn diese stets gleichartig sind (wie Bahnfahrten, Gartenkonzerte) und auch nicht an eine bestimmte Zeit der Ausnützung geknüpft sind (wie Abonnement auf die Theateraufführungen oder Künstlerkonzerte für eine Saison); denn in solchen Fällen

Digitized by Google

ohne die Zinsen) zurückzuweisen, ohne in Annahmeverzug zu geraten. Ebensowenig (§ 267) muß er sich Erfüllung durch eine andere Person[1]) als seinen Vertragsgegner gefallen lassen, außer wenn es nach der Sachlage gleichgültig ist, wer die Leistung bewirkt (ob das Schreibpapier, welches ich beim Papierhändler X. bestellt habe, mir von diesem oder von seinem Geschäftsfreunde Y. geliefert wird); in derartigen Fällen darf der Dritte die Leistung sogar bewirken, ohne sich um die Einwilligung (d. h. vorherige Zustimmung, BGB. § 183 und oben S. 284) des eigentlichen Schuldners bemühen zu müssen; dieser kann aber selbstverständlich Protest erheben, und dann ist es für den Gläubiger empfehlenswert, die Leistung des Dritten abzulehnen. Erfüllung durch einen Dritten ist ferner (wegen des Charakters des Schuldverhältnisses) in dubio ausgeschlossen und höchstpersönliche Erfüllung ist notwendig bei Dienstvertrag (§ 613 Satz 1) und Auftrag (§ 664 I Satz 1).[2])[3]) — Das vorerwähnte Ablehnungsrecht des Gläubigers und das Widerspruchsrecht des Schuldners kommt jedoch in Fortfall, wenn nach näherer Maßgabe des § 268 für den Dritten Gefahr eines Rechts- oder Besitzverlustes obwaltet; alsdann findet zugleich die — im allgemeinen bei Erfüllung fremder Verbindlichkeiten nicht vorgesehene — Rechtsfolge statt, daß der Dritte kraft cessio legis in den Erfüllungsanspruch des Gläubigers eintritt. Voraussetzung dieses Falles ist jedoch durchaus, daß sich die Angelegenheit bereits im Stadium der Zwangsvollstreckung befindet; somit werden praktische Anwendungsfälle insbesondere dann gegeben sein, wenn der Thatbestand einer sog. Interventionsklage vorliegen würde. — Interessant ist die Bestimmung des § 268 übrigens auch darum, weil sie einige der wenigen vom Bundesrat vorgenommenen Änderungen enthält.

wird wohl von den Kontrahenten das Gewicht auf die Gesamtdarbietungen gelegt sein, die nur nicht alle auf einmal stattfinden können.

[1]) Vgl. Oertmann im Archiv für civilistische Praxis Bd. 82 (Freiburg und Leipzig 1894) S. 367 ff.

[2]) Dazu vgl. § 713 (geschäftsführender Gesellschafter) und § 2218 I (Testamentsvollstrecker).

[3]) Der von Meisner S. 17 Anm. 1 citierte § 691 (Verwahrung) paßt nicht ganz in diesen Zusammenhang.

Digitized by Google

§ 71. Erfüllungsort und Erfüllungszeit.

Die Vorschriften der §§ 269 ff. über den Erfüllungsort[1]) und die Erfüllungszeit sind nur subsidiärer Natur, falls eine Parteiabrede fehlt oder die Umstände keinen näheren Anhalt geben. Abonniere ich auf die Künstlerkonzerte im laufenden Winter, so ist es auch ohne Abrede selbstverständlich, daß ich mich in den Konzertsaal am Tage des Konzertes begeben muß, selbst wenn vielleicht im Laufe des Winters ein mir sehr störender Wechsel in Ort und Zeit der Konzerte notwendig wird. — Inhaltlich bieten die Aushilfsvorschriften der §§ 269 ff. im Vergleiche zu der Kasuistik des älteren Rechts[2]) bedeutsame Vereinfachungen, die sich eng an die Vorschriften des HGB.[3]) anschließen, die wir zum Teil bereits bei Betrachtung des „Wohnsitzes" kennen lernten (oben S. 121).

Wichtig ist es insbesondere betreffs des Leistungsortes, daß dieser prinzipiell weder durch Übernahme der Transportkosten seitens des Schuldners (§ 269 III)[4]) noch durch die Pflicht des Schuldners tangiert wird, Geld dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu „übermitteln"[5]) (§ 270 IV und I); wichtig ist es sodann, daß die partikularrechtlichen Vorschriften über die Zahlungen durch öffentliche Kassen unberührt bleiben (EBGB. Art. 92). Übrigens äußert sich das BGB. an einzelnen Stellen direkt über den Ort der Erfüllung: so betreffs des Verwahrungsvertrages (§ 697; vgl. § 700 I Satz 3), betreffs der Vorlegungspflicht (§ 811 I) und betreffs der aus einer Grundschuld entspringenden Verbindlichkeiten (§ 1194). Über Leistungsort und Zeit finden sich wichtige Vorschriften in § 391 hinsichtlich der Kompensation.[6])

[1]) Vgl. auch Schefold, Erfüllungsort und Gerichtsstand der Erfüllung (im Archiv für civil. Praxis Bd. 87, Freiburg, Leipzig und Tübingen 1897, S. 1 ff.), sowie Kuhlenbeck in der Jur. Wochenschr. 1897 Nr. 68 ff. S. 621 ff.

[2]) Das ALR. unterschied zwischen Verträgen und außerkontraktlichen Verpflichtungen und bei jenen wieder nach den Objekten (Sache und Handlung). Vgl. ALR. I, 5 §§ 248 ff., I, 16 §§ 27, 52 f.

[3]) Vgl. zu BGB. § 269 HGB. Art. 324, zu BGB. § 270 HGB. Art. 325, zu BGB. § 271 HGB. Art. 326 und 334. — Zu HGB. Art. 327 ff. vgl. jetzt BGB. §§ 187 ff. (oben S. 289 f.).

[4]) Dann ist ein besonderer Destinationsort gegeben.

[5]) Damit werden Geldschulden nicht unbedingt zu „Bringschulden" erhoben.

[6]) Vgl. ferner § 1119 II, § 1177 I Satz 2.

Digitized by Google

Die Zeit der Leistung[1]) kann gleichfalls durch die Abrede oder durch die Umstände bestimmt sein. Durch Gesetz bestimmt ist sie z. B. nach § 551 wegen des Mietzinses, nach § 604 (I bis III) wegen der Leihe, nach § 609 wegen des Darlehens, nach §§ 695 f. wegen der Verwahrung, wobei aber §§ 695 und 696 Satz 1 nur Anwendungen des allgemeinen in § 271 I gebotenen Satzes sind, daß mangels besonderer Bestimmung der Leistungszeit beide Teile jederzeit und sofort die Erfüllung herbeiführen dürfen (praesenti die debetur)[2]) während (§ 271 II) die vorhandene Bestimmung einer Leistungszeit wie nach gemeinem Recht[3]) als Präsumtion des Inhaltes zu betrachten ist, daß vorzeitige Erfüllung nur vom Schuldner vorgenommen, nicht vom Gläubiger beansprucht werden darf (dies adiectus in dubio pro reo est).[4]) Daß vorzeitige Erfüllung keinen Anspruch auf Abzug des Interusuriums und bei betagter Forderung auf die condictio indebiti gewährt (§§ 272, 813 II), wissen wir bereits (oben S. 323).

§ 72. Das Zurückbehaltungsrecht.

Das Retentionsrecht (§§ 273 f.) setzt, wie im bisherigen Recht,[5]) Konnexität und Fälligkeit desjenigen Anspruchs voraus, auf Grund dessen der Schuldner seine Leistung einstweilen verweigern will. Ausdrücklich wird (§ 273 II) das Retentionsrecht und damit das Vorhandensein der Konnexität auch wegen solcher fälliger Ansprüche bewilligt, welche sich auf einen herauszugebenden Gegenstand und die Aufwendungen auf ihn bezw. auf den von ihm verursachten Schaden beziehen. — Liquidität des Gegenanspruchs, wie nach ALR.,[6]) ist dagegen nicht erforderlich, und daß der Retinent für die gleiche Diligenz wie ein Pfandgläubiger zu haften habe,[7]) wird ebensowenig gesagt. Auch die Sondervorschriften des HGB.[8])

[1]) Vgl. auch hierzu § 700 I Satz 3.

[2]) L. 14 Dig. de R. J. 50, 17. Doch wird sich oft ein modicum tempus für die eine oder die andere Partei von selbst verstehen. Vgl. Mot. II S. 37.

[3]) Anders ALR. I, 5 §§ 241 f., I, 11 §§ 92 ff., I, 16 § 56. — Ueber Bestimmung der Zeit „nach Möglichkeit" oder „nach Gelegenheit" u. dgl. (ALR. I, 5 §§ 236 ff.) schweigt BGB. Vgl. Mot. II S. 38 f.

[4]) Vgl. L. 41 § 1 Dig. de V. O. 45, 1.

[5]) Vgl. ALR. I, 20 §§ 539, 543.

[6]) ALR. I, 20 § 541.

[7]) ALR. I, 20 § 558.

[8]) HGB. Art. 313 ff.

Digitized by Google

über das kaufmännische Retentionsrecht sind nicht ins BGB. aufgenommen.[1])

Unzulässig ist das Retentionsrecht nicht blos, wenn im Falle des § 273 II der Retinent den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung (z. B. Diebstahl) in Besitz genommen hatte, sondern auch[2]) gegenüber der Besitzklage, welche petitorische Einreden nicht gestattet (§ 863); der Retentionsanspruch kann ferner durch eine anderweitige Sicherstellung des Retentionsberechtigten abgewendet werden (§ 273 III), wobei aber nur Sicherheitsleistung in denjenigen Formen berücksichtigt wird, welche § 232 I aufzählt.[3]) Die Wirkung des Retentionsrechts geht nach § 274 im Falle der Klage des Gläubigers für den retinierenden Schuldner nur dahin, daß er nicht pure verurteilt wird, sondern lediglich zu Erfüllung Zug um Zug, und daß nach ergangenem Urteil der Gläubiger seine Gegenleistung unterlassen darf, wenn der zurückbehaltende Schuldner in mora accipiendi gerät.

Die exceptio retentionis ist nicht geeignet, die Verjährung der andern Forderung zu hemmen (§ 202 II, oben S. 298).

Nur ähnlich, nicht identisch dem Zurückbehaltungsrecht ist die in § 320 I behandelte exceptio non adimpleti contractus.

§ 73. Die Unmöglichkeit der Erfüllung.

§§ 275 ff. sprechen von den Wirkungen einer Unmöglichkeit der Erfüllung, schieben dabei aber, wie wir bereits (oben S. 91) sahen und rügten, hier in §§ 278 f. die Definition einzelner Begriffe ein, welche unter das „Verschulden" fallen. Wir wollen in die Betrachtung dieser Bestimmungen erst eintreten, nachdem wir die übrigen Vorschriften über Unmöglichkeit der Erfüllung im Zusammenhange erörtert haben.[4])

Vor allem müssen wir aber die in §§ 275 ff. behandelten Fälle scharf von denen trennen, welche in §§ 306 ff. erörtert werden.

[1]) Vgl. aber §§ 369 ff. des neuen HGB. vom 10. Mai 1879.

[2]) Vgl. Mot. II S. 44.

[3]) Nicht mittels Stellung eines Bürgen nach § 232 II (§ 273 III Satz 2; zu diesem vgl. aber auch § 320 I Satz 3).

[4]) Auch Endemann und Cosack trennen natürlich beide Angelegenheiten aufs schärfste. Vergl. Endemann §§ 115—116 S. 479 ff., §§ 130—132 S. 579 ff. einerseits und § 127 S. 551 ff. anderseits, Cosack § 71 S. 235 ff.

Digitized by Google

Während in §§ 306 ff. nämlich die Rede ist von Leistungen, welche von Anfang an unmöglich sind (z. B. Lieferung frischgepflückter hiesiger Erdbeeren zum Neujahrsdiner, Verkauf eines längst verscharrten Reitpferdes), sprechen §§ 275 ff. nur von nachträglicher Unmöglichkeit. Ergänzend greifen bei gegenseitigen Verträgen im besondern §§ 323 ff. ein.

Hier ist nun zu unterscheiden, ob der Schuldner selbst die Unmöglichkeit herbeigeführt hat und daher verantwortlich gemacht werden kann oder nicht. Hat er die Unmöglichkeit und ihre Entstehung zu vertreten, so muß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten, und zwar nach näherer Maßgabe der §§ 280 ff.[1]) Hat er den Umstand dagegen nicht zu vertreten,[2]) so wird er von der Leistung frei (§ 275 I). Dabei muß es sich aber um objektive Unmöglichkeit handeln — also z. B. um zufälligen Untergang des bestellten und vielleicht bereits vollendeten Porträts bei einem Brande oder bei einer Schiffskatastrophe — nicht um blos subjektives „Unvermögen", z. B. wegen Insuffizienz, welche dem Schuldner die Rückzahlung des Darlehens unmöglich macht. Dennoch befreit ihn, eigene Schuldlosigkeit vorausgesetzt, auch dieses persönliche subjektive Unvermögen zufolge der neuen, aber sehr humanen Bestimmung des § 275 II, wenn es sich (was freilich § 275 II nicht mit wünschenswerter Deutlichkeit ausspricht)[3]) um eine individuell bestimmte Leistung handelt (der Konzertsänger, welcher heiser wird, ist also zu Schadensersatz an den Arrangeur des Konzertes nur dann verpflichtet, wenn er sich der Erkältung leichtfertigt ausgesetzt hatte).[4]) Den Gegensatz zu

einerseits und §§ 98 ff. S. 331 ff. anderseits.

[1]) Ueber den Schadensersatz selbst vgl. oben S. 324 ff.

[2]) Vgl. auch Oertmann im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 (1896) S. 284, Kuhlenbeck in der Jur. Wochenschr. 1897 Nr. 48 f. S. 438 ff. und zur zweiten Lesung Ubbelohde und Stintzing im Archiv f. civil. Praxis Bd. 85, (1896) S. 118 ff.

[3]) Vgl. aber Mot. II S. 46.

[4]) Ebenso wird der Maler oder Schriftsteller von der Verpflichtung zur Ausführung eines Gemäldes bezw. Dramas frei, wenn ihn eine Erkrankung daran hindert. — Zwar gehören diese Beispiele zugleich unter die gegenseitigen Verträge (vgl. wegen §§ 313 ff. oben im Text); der einschlägige § 325 (unten S. 358 f.) zieht aber nicht blos die Konsequenzen aus § 275, sondern gibt dem Gegenkontrahenten außer dem Ersatzanspruche noch drei andere Ansprüche.

Digitized by Google

solchen individuellen Leistungen bilden nämlich Gattungsschulden, welche laut § 279[1]) trotz persönlichen unverschuldeten Unvermögens zu einer Ersatzpflicht führen, sofern nicht die ganze Gattung ausgestorben ist. Habe ich also ein neues Buch beim Buchhändler bestellt und der Laden brennt ab, so muß mir der Verkäufer ein anderes Exemplar des Buches verschaffen; existiert das Buch aber überhaupt nur in diesem einen (antiquarischen) Exemplar oder handelt es sich z. B. um ein Manuskript oder um einen Kupferstich avant la lettre, so ist der Vertrag aufgehoben.

Wegen des Verschuldens und der Unmöglichkeit ist der beklagte Schuldner beweispflichtig, d. h. er muß sowohl den Beweis für die Unmöglichkeit der Leistung wie den Entlastungsbeweis seiner Schuldlosigkeit (des Mangels von Vorsatz oder Fahrlässigkeit § 276 I) führen (§ 282).

Wenn sich dagegen die Unmöglichkeit der Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande erklärt, verwandelt sich, wie bereits (S. 336) angedeutet wurde, der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung in einen Anspruch auf Schadensersatz (§ 280 I); wird die Leistung nur teilweise unmöglich,[2]) so kann der nunmehr auch nur beschränkte Anspruch auf Leistung vom Gläubiger abgelehnt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangt werden, wenn der Gläubiger an dem möglichen Teile der Leistung kein Interesse hat (§ 280 II,[3]) vgl. auch oben S. 70). So kann ich, wenn ein Band des bestellten Werkes bei einem von dem Buchhändler verschuldeten Feuer verbrannte, die Abnahme der andern Bände verweigern, falls der verbrannte Band — z. B. der Registerband oder der Band mit den Erklärungstafeln — nicht mehr zu beschaffen ist und nun die andern Bände für meine Studienzwecke fast wertlos geworden sind.

BGB. § 281 erinnert an den uns bereits geläufigen § 255 (oben S. 328), indem auch er von Abtretung etwaiger Ersatz-

[1]) Vgl. auch oben S. 182.
[2]) Auch bei subjektiver Unmöglichkeit nach Maßgabe des § 275 II.
[3]) Die Einzelheiten regeln sich dann nach den Vorschriften über vertragsmäßiges Rücktrittsrecht (§§ 346 ff. in Titel V).

Digitized by Google

ansprüche handelt; doch betraf § 255 Ersatzansprüche des Gläubigers, die dieser dem Schuldner abtreten muß, während § 281 Ansprüche des Schuldners betrifft, welche dieser dem Gläubiger abtreten soll.[1]) Dem § 281 liegt das sog. „Surrogationsprinzip" zu Grunde, das auch sonst oft im BGB. anzutreffen ist. — Ganz neu für das zukünftige Recht (jedoch nicht für unsere Betrachtungen, vgl. oben S. 80)[2]) ist die eminent praktische Vorschrift des § 283 I Satz 1 und 2, welche dem Gläubiger trotz rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners erlaubt, statt der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der dem Gläubiger nun vielleicht nicht mehr so wertvollen Leistung einen Geldanspruch zu wählen, und zwar ohne erheblichen Zeitverlust. Unverschuldete dauernde Unmöglichkeit befreit den Schuldner aber auch hier (§ 283 I Satz 3), und blos teilweise erfüllte Leistung gibt auch hier dem Gläubiger das Wahlrecht zwischen dem Anspruche auf Erfüllung des möglichen Teiles oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Ablehnung der ganzen Leistung (§ 283 II).

Der Gläubiger kann von der ihm durch § 283 I eingeräumten Befugnis sowohl dann Gebrauch machen, wenn der Schuldner nicht erfüllen will oder wegen einer von Anfang an vorliegenden objektiven bezw. subjektiven Unmöglichkeit nicht erfüllen kann, wie dann, wenn der Schuldner durch eine später eintretende (objektive oder subjektive) Unmöglichkeit an der Erfüllung verhindert wird.[3])

§ 74. Das Verschulden.

Während die eben erörterten §§ 275, 280—283 davon sprechen, welche Folgen eintreten, *wenn* der Schuldner die spätere Unmöglichkeit der Erfüllung zu vertreten hat, beantwortete §§ 276—278 (und § 279, oben S. 337), die Vorfrage, *ob* der Schuldner die Unmöglichkeit vertreten muß. Dies kann nun der Fall sein sowohl wegen eigenen

[1]) Ein Musterbeispiel bildet auch hier der Anspruch gegen eine Versicherungsgesellschaft; uncedierbare Ansprüche (vgl. unten § 89) fallen natürlich auch nicht unter § 281.

[2]) Vgl. ferner den gleichen Grundgedanken wie in § 283 I Satz 1, in § 250 Satz 1 und 2 (oben S. 325).

[3]) Mot. II S. 54.

Digitized by Google

Verschuldens[1]) (§§ 276 f.) wie wegen Verschuldens anderer Personen, für die eben das Gesetz den Schuldner verantwortlich macht (§ 278). Das Verschulden selbst kann sich nach verschiedenen Graden abstufen: als Vorsatz und als Fahrlässigkeit (§ 276 I) und die letztere wieder als grobe oder einfache Fahrlässigkeit, Fahrlässigkeit schlechthin.[2])

Von einer genaueren Unterscheidung der Verschuldensformen des groben, mäßigen oder geringen Versehens[3]) hat der Gesetzgeber Abstand genommen und ebenso davon, besondere Vorschriften über die custodia zu geben.[4]) Es wird hierdurch der künftige Rechtszustand wesentlich vereinfacht.

Für welchen Grad des Verschuldens zu haften sei, bestimmt das BGB. nicht in zusammenhängender Aufzählung, sondern für die verschiedenen Rechtsverhältnisse gesondert. Um eine Übersicht zu gewinnen, muß man sich daher die betreffenden Gesetzesstellen selber zusammensuchen. Wir wollen uns wenigstens die wichtigsten Beispiele vorführen.[5])

Vorsatz[6]) ist von demjenigen zu vertreten, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern Schaden zufügt (§ 826). Im übrigen begegnet die Haftung[7]) für Vorsatz zunächst gleichzeitig mit der für grobe Fahrlässigkeit:[8]) für beides haftet nach

---

[1]) Vgl. Weyl, das Verschulden und die verwandten Begriffe im BGB. (im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. XIV, Berlin 1898, S. 79 ff.), insbes. § 2 S. 80 ff.

[2]) Mit Einschluß der „culpa levissima" bezw. des „geringen Versehens".

[3]) Vgl. ALR. I, 3 §§ 17–23.

[4]) Vgl. Mot. II S. 28. Was die Motive betrifft, so stehen deren Anmerkungen zu den im Text erörterten Punkten übrigens nicht nur in Bd. II (S. 27–31), sondern auch (vgl. oben S. 308) in Bd. I S. 279–281.

[5]) Das gesamte Material findet sich scharf gesondert in meiner oben Anm. 1 genannten Abhandlung.

[6]) Vgl. Weyl a. a. O. § 3 S. 90–97. Die Citate bei Endemann S. 481 Anm. 1 sind insofern ungenau, als sie einmal nicht vollständig sind (vgl. insbes. noch §§ 826, 839 I, 968) und sodann nicht alle von der „Haftung" wegen Vorsatzes sprechen (z. B. nicht §§ 393, 530 II, 723 I).

[7]) Sonstige Erwähnungen des Vorsatzes vgl. in §§ 273 II, 276 II, 393, 1000 Satz 2, 1680 I (1686), 2333 Nr. 2 und 3, 2334.

[8]) Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit werden ferner erwähnt in §§ 529 I, 617 I Satz 1 (EBGB. Art. 95 II), 723 I Satz 1, 737 Satz 1, 912 I (916).

Digitized by Google

§ 300 I der Schuldner bei Verzug des Gläubigers, nach § 521 der Schenker, nach § 599[1]) der Verleiher, nach § 968 der Finder, nach § 680 der auftraglose Geschäftsführer bei Abwendung drohender Gefahr. Ferner begegnet die Haftung für Vorsatz in Verbindung mit der für Fahrlässigkeit schlechthin:[2]) für beides greift die Haftung Platz: nach § 276 I beim obligatorischen Schuldner überhaupt, nach § 823 I bei Deliktsobligationen, nach § 839 I Satz 1 bei Beamtendelikten.

Grobe Fahrlässigkeit[3]) (und natürlich auch Vorsatz) findet sich außer in den eben genannten Fällen der §§ 300 I, 521, 599, 968 und 680 als Grund einer Haftung im eigentlichen Sinne nur in § 523 II Satz 1, wenn der Schenker einen Gegenstand zu leisten versprach, den er erst erwerben muß, sofern der obwaltende Mangel im Recht dem Schenker infolge grober Fahrlässigkeit beim Erwerbe unbekannt geblieben war. Im übrigen wird die grobfahrlässige Unkenntnis von Mängeln zwar noch recht oft erwähnt — §§ 459 I Satz 1, 460 Satz 2 (515), vgl. §§ 524 II, 1624 II, §§ 539 Satz 2, 537 I, 581 II, §§ 851, 932 II—, aber mit anderen Rechtsfolgen umkleidet.

Fahrlässigkeit schlechthin[4]) ist außer nach den bereits herangezogenen §§ 276 I, 823 I Satz 1 und 839 I zu vertreten: vom säumigen Schuldner (§ 287 Satz 1)[5]) und mangels einer anderen ersatzpflichtigen Person vom pflichtwidrigen Beamten (§ 839 I Satz 2), sodann aber noch nach § 1980 II Satz 1 (§§ 1985 II Satz 2, 2036 Satz 2, 2037), wo fahrlässige Unkenntnis ausdrücklich erwähnt wird,[6]) und ferner in einigen Fällen, welche durch die Wahl des Wortes „Kennenmüssen"[7]) nach dem sehr wichtigen § 122 II

[1]) Nicht 539, wie bei Cosack S. 239 Anm. 8 citiert ist.

[2]) Vorsatz und Fahrlässigkeit überhaupt begegnen sonst nirgend weiter, dagegen Vorsatz und Widerrechtlichkeit in §§ 530 II, 2339 I Nr. 1 und 2; vgl. auch § 823 I.

[3]) Weyl a. a. O. § 4 I S. 97 bis 102.

[4]) Weyl a. a. O. § 4 II S. 102 bis 106.

[5]) Vgl. auch § 827 Satz 2.

[6]) Andere Folgen der fahrlässigen Unkenntnis vgl. in §§ 68 Satz 2, 122 II, 132 II.

[7]) Sonstige Folgen des „Kennenmüssen" vgl. in §§ 179 III, 307 I Satz 2, 309, 1346 Satz 2; §§ 169

Digitized by Google

indirekt in den Kreis dieser Thatbestände hineingezogen werden. Vgl.[1]) §§ 307 I Satz 1 (309), 824 I; vgl. auch §§ 254 II Satz 1 (846), 694.

Die in eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt[2]) ist zu vertreten: bei unentgeltlicher Verwahrung (§ 690), vom Gesellschafter (§ 708), von den Ehegatten (§ 1359), vom Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1664, 1686) und vom Vorerben (§ 2131).

Von diesen Begriffen definiert das Gesetzbuch selber nur den der Fahrlässigkeit,[3]) und zwar (§ 276 I Satz 2) dahin: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt[4]) außer acht läßt." Es wird also hier, wie wir schon (oben S. 78) sahen, nicht mehr der gemeinrechtliche rein subjektive Maßstab der diligentia diligentis patris familias festgehalten, sondern der objektive[5]) Maßstab des täglichen Verkehrs als Richtschnur genommen. — Die grobe Fahrlässigkeit ist[6]) eine besonders schwere Außerachtlassung dieser im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, der Vorsatz ist wie im Strafrecht „die auf Vornahme einer Handlung oder Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung".[7]) Daß daneben im BGB. noch eine große Zahl anderer ähnlicher Begriffe begegnen,[8]) wie insbesondere „Widerrechtlichkeit", „Absicht",

(674, 729), 173 (170, 171 II, 172 II), 1424 I Satz 2 (1472 I, 1546 I, 1682 I Satz 2 und II), 1893 I, 1897, 1895, 1915, 2140 Satz 2), 764 II Satz 2; §§ 123 II Satz 1 und 2, 142 II, 1343 I Satz 2, 405; §§ 674, 729, 1424 I, 1682 I Satz 1, (1895), 2140 Satz 1, 2218 I. — Vgl. auch §§ 149 Satz 1, 678, 687 II Satz 1, 166.

[1]) Weyl § 4 III S. 106—112.

[2]) Weyl a. a. O. § 5 I S. 112 f.

[3]) Bezw. auch (vgl. § 122 II) den des „Kennen-Müssen".

[4]) Vgl. dazu insbes. Wendt im Archiv für civilistische Praxis Bd. 87 (Neue Folge Bd. 37), Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1897, S. 422 bis 452, Weyl a. a. O. § 5 II S. 113 bis 115.

[5]) Vgl. Kommissionsprotokolle S. 187.

[6]) Vgl. Mot. I S. 280.

[7]) Mot. ebenda.

[8]) Vgl. dazu und zu den übrigen in Betracht kommenden Begriffen eingehend Weyl a. a. O. §§ 16—17 S. 155—180 und als Belegstellen z. B. §§ 530 II, 2339 I Nr. 1, 2345 I Satz 1, 823 I („Widerrechtlichkeit"); §§ 1456 (1519 II, 1549, 1487), 2138 II, 2005, 2287 I, 1567 II Nr. 1 und 2, 2335 I („Absicht"); §§ 123 I, 318 II Satz 1, 1334 I, 2183 Satz 2, 2339 I Nr. 3 („Arglist"); §§ 2333 Nr. 4, 2334, 324 I und II, 615 Satz 2, 649 Satz 2 („Böswilligkeit").

Digitized by Google

„Arglist", „Böswilligkeit", „Pflichtverletzung", „ordnungswidriges Verhalten", (gefährdendes, verletzendes, ehrloses, unsittliches, gesetzwidriges, vertragswidriges Verhalten), habe ich schon einmal (oben S. 89) hervorgehoben.

Die allgemeinen Vorschriften der §§ 276—278 besagen des weiteren noch folgendes:

Wie betreffs der unerlaubten Handlungen, so ist auch innerhalb kontraktlicher Schuldverhältnisse der Thäter von Verantwortlichkeit frei (nach § 276 I Satz 3) wegen jugendlichen Alters, Taubstummheit und Bewußtlosigkeit bezw. krankhafter Störung seiner Geistesthätigkeit nach näherer Maßgabe der §§ 827 f.[1])

Die Haftung kann *nachträglich* durchweg erlassen werden;[2]) im *voraus* darf jedoch nur die Haftung wegen Fahrlässigkeit, nicht auch die wegen Vorsatzes erlassen werden (§ 276 II), es sei denn, daß es sich um die Haftung wegen des Vorsatzes einer andern Person handelt, für deren Verschulden man gleichfalls einstehen müßte (§ 278 Satz 2).

Denn unter Umständen macht auch *fremdes Verschulden* verantwortlich: dann nämlich (§ 278 Satz 1), wenn der Thäter der gesetzliche Vertreter (z. B. Vormund, vgl. oben S. 274) des Schuldners ist oder ein Gehilfe, dessen sich der Schuldner erlaubterweise[3]) zur Erfüllung der Verbindlichkeit bediente.[4]) Es ist damit eine gemeinrechtliche Kontroverse erledigt und über die bloße Haftung für ‚culpa in eligendo' hinaus das strenge Prinzip des code civil (art. 1384) adoptiert werden;[5]) dies geschah in der Erwägung,

---

[1]) Für das Gebiet der *Deliktsobligationen* im besonderen kommt dazu aber der uns schon bekannte hochwichtige § 829 (vgl. oben S. 62 f., 75) in Betracht.

[2]) Auch für das Anwendungsgebiet des § 278 gilt obiges.

[3]) War nach der Sachlage die Zuhilfenahme einer anderen Person ausgeschlossen, so liegt darin ein eigenes Verschulden des Vertretenen.

[4]) Wegen der Deliktsobligationen im besonderen vgl. dazu §§ 831, 832, 840 II.

[5]) Vgl. oben S. 57 (58) Anm. 1. Dies Prinzip war für das deutsche Privatrecht insofern nicht mehr ganz neu, als das „Haftpflichtgesetz" vom 7. Juli 1871 § 2 schon stark an code civil art. 1384 anklingt. Vgl. Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts § 10 S. 44 sub 1 und auch S. 49

Digitized by Google

daß derjenige Schuldner, welcher zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine andere Person einschaltet, dies auf seine Gefahr und im Bereiche der Garantie thut, die er mit dem Leistungsversprechen an sich schon übernommen hat.[1])

§ 75. Der Verzug des Schuldners.

Die Vorschriften über den Verzug des Schuldners[2]) (§§ 284—290, §§ 291 f.) stehen insofern mit den eben erörterten Vorschriften über das Verschulden in Beziehung, als von Verzug nicht die Rede ist, wenn die Leistung lediglich wegen eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 285),[3]) also z. B. wegen objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit der Leistung in dem vorher (oben S. 336) erörterten Sinne.[4]) Diese exkulpierende Funktion der Unmöglichkeit erstreckt sich jedoch lediglich auf die Frage, ob ein Leistungsverzug vorliegt; sie betrifft dagegen nicht den Fall, wenn nach der sonstigen Sachlage bereits Verzug besteht. Denn dann hat der Schuldner (nach § 287 Satz 1) nicht blos jede Fahrlässigkeit schlechthin (oben S. 340) zu vertreten, sondern (§ 287 Satz 2) sogar zufällige Unmöglichkeit der Leistung, die nicht ohnedies eingetreten wäre. Der Konzertsänger, welcher abredegemäß am Tage vor dem Konzerte eintrifft, dann aber unmittelbar nach seiner Ankunft oder schon unterwegs heiser wird und nicht auftreten kann, ist nicht morose und nicht zum Schadensersatze verpflichtet, selbst wenn das Konzert ganz ausfallen muß; dagegen ist er ersatzpflichtig, falls er gegen die Abrede erst am Konzerttage eintrifft, es sei denn, daß er nachweisen kann,[5]) der Keim zu der Heiserkeit sei bereits seit

Anm. 1. Das ALR. kennt diese Haftung nur ausnahmsweise betreffs des Werkmeisters (I, 11 § 930).

[1]) Vgl. Mot. II S. 29/30.

[2]) Vgl. Weyl in der oben S. 339 Anm. 1 genannten Abhandlung § 6 S. 117 ff.

[3]) Ebenso nach ALR. I, 11 §§ 96 f., I, 16 § 26; vgl. wegen der Haftung des Schuldners für schuldhafte Verzögerung ebenda I, 11 §§ 102, 216, 1077; I, 13 § 180; I, 16 §§ 15 f.

[4]) Die dort S. 337 wegen der „Gattungsschuld" hervorgehobene Ausnahme greift auch zu Ungunsten des morosen Schuldners Platz. Vgl. Kommissionsprot. S. 325.

[5]) Ueber die Frage, ob der Schuldner auch beweisen muß, daß die Gläubiger die Sache behalten (nicht veräußert) hätte, vgl. Mot. II S. 64, dagegen aber Meisner S. 29 sub 2.

Digitized by Google

einiger Zeit vorhanden gewesen und es hätte, weil die Stimme einer mehrtägigen Schonung bedarf, auch bei pünktlicher Ankunft das Konzert ausfallen müssen.[1])

Das gewählte Beispiel trifft die von § 284 II ins Auge gefaßten Fälle, für welche die gemeinrechtliche Parömie gilt ‚dies interpellat pro homine'. Außerhalb dieser Fälle[2]) bedarf es (§ 284 I) zur Herbeiführung der mora debitoris einer Mahnung[3]) von seiten des Gläubigers oder eines der gleichwertigen Akte, nämlich Leistungsklage (nicht auch Feststellungsklage) und Zahlungsbefehl. Die Mahnung ist eine einseitige, formlose aber empfangsbedürftige Willenserklärung (oben S. 223); die Uebersendung der Rechnung bezw. Quittung ist nicht ohne weiteres als Mahnung zu betrachten, wohl aber kann sie umgekehrt nach Lage des Falles zur Vervollständigung der Mahnung unentbehrlich sein.[4])

Mit dem vorgetragenen Beispiele habe ich auch bereits die Folgen des Schuldnerverzuges gestreift: die Haftung nicht blos für jede Fahrlässigkeit, sondern auch für den tückischen Zufall. Diese Haftung gipfelt natürlich in einer Pflicht zum Schadensersatze (§ 286 I) und bei einer Geldschuld mindestens in der bereits früher (oben S. 320) erörterten Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen (§ 288; über § 289 vgl. ebenfalls schon oben S. 323); eine Verzinsungspflicht greift, wie wir auch schon wissen (oben S. 322 f.), ferner Platz betreffs der Ersatzsumme, welche der Schuldner deshalb zu leisten hat, weil der Obligationsgegenstand während des Verzuges untergegangen bezw. in seinem Werte gemindert ist (§ 290).

Als zweckmäßige Neuerung ist uns die Vorschrift des § 286 II bereits bekannt (vgl. oben S. 70), auch haben wir schon eine

[1]) Desgleichen entschuldigt es ihn, wenn ein anderer Umstand (z. B. die Erkrankung des für den Klavierpart unentbehrlichen Begleiters) das Konzert verhindert hätte. Vgl. Kommissionsprot. S. 327/328.

[2]) Der Fall des ALR. I, 16 § 68 ist ins BGB. nicht aufgenommen worden. — Die Holschuld setzt natürlich des weiteren voraus, daß der Gläubiger beim Schuldner erscheint. Vgl. Mot. II S. 58.

[3]) Ueber Inhalt und Zeit der Mahnung vgl. Mot. II S. 58/59.

[4]) Vgl. Meisner S. 28 Anm. 2 und 3.

Digitized by Google

andere Gesetzesvorschrift angetroffen, der dieselbe Idee zu Grunde liegt (§ 280 II Satz 1, oben S. 337).[1])

Nur in ganz losem Zusammenhange mit der Lehre vom Verzuge des Schuldners (indem sie nämlich über die Folgen dieses Verzuges hinausgehen) stehen auch § 291 und § 292, von denen wir den ersteren schon einmal (oben S. 320) streiften. Prozeßzinsen sind darnach als Ersatz für die dem Gläubiger entgehenden Nutzungen der Geldschuld (aber nur einer solchen) selbst dann zu entrichten, wenn der Schuldner, der es auf den Prozeß ankommen läßt, sich in dem guten Glauben befindet, zur Zahlung nicht verpflichtet zu sein,[2]) und wenn ihn eine schuldhafte Verzögerung garnicht trifft. Gleichfalls die Rechtshängigkeit ist es, an welche § 292 anknüpft. Derjenige Schuldner, welcher einen bestimmten Gegenstand (eine species) herauszugeben hat, wird ebenso behandelt wie nach §§ 987 ff. der vom Eigentümer beklagte Besitzer: auch er muß den Gegenstand, zu dessen Herausgabe ihn der Richter doch möglichenfalls verurteilen wird, jetzt wie fremdes Gut behandeln und eventuell gleich dem beklagten Besitzer sowohl wegen Verschlechterung, Unterganges oder sonstiger Unmöglichkeit der Herausgabe Schadensersatz leisten (§ 292 I), wie die Nutzungen herausgeben oder vergüten (§ 292 II); dafür wird freilich auch sein Gegenanspruch auf Ersatz von Ver-

[1]) Keinerlei Vorschriften enthält das BGB. über die sog. purgatio morae. Als solche käme höchstens das Anerbieten der Leistung mit den Erweiterungen in Betracht, welche sie infolge des Verzuges angenommen hat (vgl. Kommissionsprot. S. 328); einen besonderen Fall enthält § 554 I Satz 2. Die Bestimmung des zu ersetzenden Wertes richtet sich nach dem Augenblicke, in welchem der Schuldner erfüllen sollte (Mot. II S. 65), nicht etwa (wie nach ALR. I, 6 § 85) nach dem höchsten Werte, den der Gegenstand während des Verzuges einmal hatte (es sei denn, daß z. B. der Gläubiger nachweisen kann, er hätte die Sache zu diesem höchsten Preise verkauft; Mot. a. a. O.). — Besondere Folgen des Verzuges finden sich in BGB. §§ 264 II (oben S. 330), 326, 339 Satz 1, 354, 455, 538, 554 I Satz 1, 633 III, 767 I Satz 2, 775 I Nr. 3, 990 II, 1146, 1613. — Vgl. ferner als minder wichtige Stellen BGB. §§ 341 I, 454 (mit 326), 522, 1088 III Satz 2 und wegen § 1613 auch §§ 528 I Satz 3, 1360, 1580 III. Die Citate in Mot. II S. 61 und bei Meisner S. 28 Anm. 2 zu § 286 (wo übrigens irrtümlich § 264 II statt § 264 I genannt wird) sind durchaus nicht erschöpfend.

[2]) Vergl. Kommissionsprot. S. 323.

Digitized by Google

wendungen mit dem gleichen Maße gemessen (§ 292 II). — Diese Vorschrift hat jedoch nur subsidiären Charakter; durch einen Verzug des Schuldners und durch die sonstige Lage des obligatorischen Verhältnisses kann des Schuldners Verpflichtung gesteigert werden.

Zweiter Titel. § 76. Der Verzug des Gläubigers.

Der Verzug des Gläubigers,[1]) dem der Gesetzgeber einen besonderen Titel II (§§ 293—304) gewidmet hat, bewegt sich ebenso wie der Verzug des Schuldners (oben S. 343 ff.) im allgemeinen in den Bahnen des älteren Rechts. Aber daß Schuldnerverzug und Gläubigerverzug ihrerseits grundverschiedene Begriffe sind und sich nicht blos in den Folgen, sondern auch in den Voraussetzungen für das Verhalten des Säumigen von einander erheblich unterscheiden, ist durch ihre Unterbringung in getrennten Titeln angedeutet worden.[2])

Das Verhalten des Schuldners und das des Gläubigers, welches einen Verzug begründen soll, unterscheidet sich nämlich aufs wesentlichste darum, weil die mora accipiendi im Gegensatze zur mora debendi (vgl. § 285, oben S. 343) kein Verschulden des Säumigen voraussetzt; für die mora accipiendi genügt vielmehr nach der — zur Beseitigung älterer Kontroversen und Gesetzesverschiedenheiten[3]) getroffenen[4]) — Bestimmung des BGB. (§ 293) „die nackte Thatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers".[5])[6])

Selbstverständlich aber muß der Schuldner seine Leistung genau so angeboten haben, wie sie nach dem Schuldverhältnisse beschaffen ist (§ 294), also muß er z. B. bei Rückzahlung des Darlehens auch die bedungenen Zinsen anbieten; auch muß er wirk-

[1]) Vgl. Kohler im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. XIII (1897) S. 149 ff. und meine oben S. 339 Anm. 1 erwähnte Abhandlung § 6 S. 117 ff.

[2]) Vgl. Mot. II S. 69.

[3]) Auch das ALR. I, 11 §§ 98, 102 ff. setzt Verschulden des Gläubigers voraus.

[4]) Mot. II S. 68.

[5]) Mot. II S. 69. Eine Ausnahme bietet aber BGB. § 299; vgl. Meisner S. 35.

[6]) Somit nützt dem Gläubiger weder der Nachweis mangelnden Verschuldens noch der Nachweis zufälliger Verhinderung.

Digitized by Google

lich zur Erfüllung in der Lage sein (§ 297); der Gläubiger, der sich exkulpieren will, hat wegen dieser Leistungsbereitschaft den Gegenbeweis ihres Mangels zu liefern.

Das Angebot des Schuldners wird im allgemeinen in Realoblation bestehen müssen. Bloße Verbaloblation genügt aber ausnahmsweise (nach § 295) z. B. bei Holschuld oder wenn sonstwie der Gläubiger seinerseits eine Handlung vorzunehmen hat, damit der Schuldner seine Leistung bewirken kann (wenn also z. B. der Gläubiger sich bei Wahlobligation zwischen den mehreren Leistungsobjekten zu entscheiden hat, § 264 II, oben S. 330); ferner wenn der Gläubiger seine Annahmeweigerung bereits in Aussicht stellte (§ 295 Satz 1). — Aber selbst die Verbaloblation ist entbehrlich, falls nach näherer Maßgabe des dem § 284 II (oben S. 344) korrespondierenden § 296 auch für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung der Grundsatz Platz greift ‚dies interpellat pro homine' und der Gläubiger die betreffende Handlung nicht rechtzeitig vornimmt.[1])

Ein Annahmeverzug des Gläubigers liegt auch vor, wenn er sich zwar die Leistung des Schuldners gefallen lassen will, seine Gegenleistung aber verweigert (§ 298); dies ist namentlich bei bilateralen Verträgen denkbar (§ 320), aber auch z. B. betreffs des Anspruchs des Schuldners auf eine Quittung (§ 368 Satz 1) und auf Rückgabe des Schuldscheins (§ 371). — Dagegen soll es dem Gläubiger nicht als Verzug angerechnet werden, wenn bei einer der Erfüllungszeit nach unbestimmten Forderung oder bei Berechtigung des Schuldners zu vorzeitiger Leistung (§ 271, vgl. oben S. 334) der Schuldner wider Treu und Glauben[2]) zum Angebot einen Augenblick benutzt, in welchem der Gläubiger

[1]) Vgl. oben S. 344. Ein gutes Beispiel bildet Cosack S. 347 sub 2b dahin, daß der Verleiher versprochen hat, die verliehenen Sachen am 1. April aus der Wohnung des Entleihers abzuholen, dann aber nicht erscheint. Dasselbe gilt namentlich, falls die Miete Holschuld ist, und ferner z. B. wenn die Versicherungsprämie oder Hypothekenzinsen zwar Bringschulden sind, der Gläubiger aber es unterläßt, den Schuldner abredegemäß acht Tage vor der Fälligkeit brieflich an die Zahlung zu erinnern.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. S. 330.

Digitized by Google

gerade (z. B. durch Krankheit, Umzug, Reisevorbereitungen, außerordentliche geschäftliche Anspannung) an der Annahme der Leistung verhindert ist; doch darf sich der Schuldner seinerseits durch vorgängige Ankündigung der Leistung nach angemessener Zeit helfen (§ 299).

Wie diese Vorschrift erst aus der II. Lesung des Gesetzes stammt, so auch § 303, der dem zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichteten Schuldner das Recht der Dereliktion (nach vorgängiger Androhung) einräumt, weil ja seine weiteren Rechtsbehelfe, nämlich die Hinterlegung (§§ 372 ff.) und der Selbsthilfeverkauf (§ 383) nur auf bewegliche Sachen Anwendung finden.

Dieser § 303 leitet uns zu den Folgen der mora creditoris hinüber. Von diesen haben wir den in § 301 festgestellten (dem gemeinen Recht unbekannten, im Preußischen Recht[2]) auf den Fall stattgehabter Hinterlegung beschränkten) Fortfall weiterer Verzinsung einer Geldschuld bereits erörtert (oben S. 323); ihm liegt die Erwägung[3]) zu Grunde, daß zwar der Gläubiger den Genuß des Geldes entbehrt (möglichenfalls übrigens zufolge seiner eigenen Schuld), daß aber auch der Schuldner kaum das Geld nutzbringend verwerten kann, weil er es doch für den Gläubiger bereit halten muß. Hat der Schuldner aber nachweisbar während der mora creditoris Zinsen gezogen, so muß er sie nach § 302 ebenso herausgeben wie andere fructus percepti desjenigen Gegenstandes, den er etwa nach dem konkreten Schuldverhältnisse[4]) herauszugeben oder zu ersetzen hat. — Alle diese Vorschriften zeigen die Tendenz einer Begünstigung des Schuldners; insbesondere ist diese darin enthalten, daß seine Haftung sich fortab auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt (§ 300 I; vgl. oben S. 340) und daß bei einer Gattungsschuld[5]) die Gefahr auf den morosen Gläubiger übergeht (§ 300 II). Da-

[1]) ALR. I, 16 § 229.
[2]) Mot. II S. 75 (zu § 259 des I. Entwurfs).
[3]) Vgl. Mot. II S. 75 (zu § 258 des I. Entwurfs).
[4]) Für diese (und für vertretbare Sachen) vgl. auch die ins BGB. nicht übernommene Vorschrift des ALR. I, 11 § 860.
[5]) Vgl. oben S. 182.

Digitized by Google

gegen bleibt das BGB. in anderer Richtung hinter dem preußischen Recht[1]) zurück; während dieses nämlich dem Schuldner bisweilen sogar einen Anspruch auf Schadensersatz einräumt, beschränkt sich nach künftigem Reichscivilrecht der Anspruch des Schuldners auf Ersatz der Mehraufwendungen für erfolgloses Angebot der Leistung und für Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Objekts (§ 304) (und daher auf ein Retentionsrecht wegen dieser Forderungen, § 273 II, oben S. 334).[2])

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen. § 77. Vorbemerkung.

Während unsere bisherigen Erörterungen über das künftige Obligationenrecht sich auf Schuldverhältnisse jeglicher Art beziehen, mögen sie ins Buch II des BGB. gehören oder ins Buch III, IV oder V und gleichviel aus welchem Grunde sie entstehen (vgl. oben S. 317), so beschränkt sich der Zweite Abschnitt auf die Schuldverhältnisse aus Verträgen, gibt aber für diese besondere Form der Schuldverhältnisse in §§ 305 bis 361 im ganzen 57 Sondernormen zum Teil hochwichtigen Inhalts, der sich im allgemeinen schon in den Überschriften der fünf Titel[3]) wiederspiegelt. Die einzelnen Kontraktsobligationen, soweit sie eine ausgeprägte Physiognomie tragen, werden dann im Abschnitt VII behandelt (vgl. oben S. 316).

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrages. § 78. Die Begründung des Vertrages.

In Übereinstimmung mit dem gemeinen und preußischen Recht[4]) steht das BGB. (§ 305) auf dem Standpunkte, daß zur rechtsgeschäftlichen Begründung[5]) einer Erfüllungspflicht ein Vertrag erforderlich ist, d. h. eine zweiseitige Willenserklärung, die auf der einen Seite ein Versprechen, auf der andern die Annahme dieses Versprechens enthält (oder auch — bilaterale Verträge, unten

[1]) ALR. I, 11 §§ 102 f. (Kauf) und § 940 (Werkvertrag).

[2]) Besondere Fälle und Folgen des Gläubigerverzuges behandeln außerdem nur BGB. §§ 264 II (oben S. 330), 274 II (oben S. 335), 322 II, 324 II, 615, 642—644, 645 I Satz 2. — Wegen §§ 372 ff. und 383 vgl. oben S. 348.

[3]) „Begründung. Inhalt des Vertrages". „Gegenseitiger Vertrag". „Versprechen der Leistung an einen Dritten". „Draufgabe. Vertragsstrafe." „Rücktritt".

[4]) ALR. I, 5 §§ 1 ff.

[5]) Inter vivos.

Digitized by Google

S. 354 ff. — auf beiden Seiten sowohl ein Versprechen wie die Annahme des gegnerischen Versprechens). Das blos einseitige, unacceptierte Versprechen genügt dagegen nicht oder doch nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen, die sich auf den Dreibund der Stiftung unter Lebenden[1]) (§§ 80 ff., oben S. 170 f.), der Auslobung (§§ 657 ff.[2]) und der Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff.) beschränken. Doch auch auf diese Ausnahmefälle lassen sich im Allgemeinen die Grundsätze des BGB. Buch II Abschnitt II anwenden.[3])

Da der Vertrag eine zweiseitige Willenserklärung ist, so finden auf ihn zunächst alle bereits früher (oben S. 222 ff.) erörterten Gesetzesbestimmungen über die Willenserklärungen überhaupt (BGB. §§ 116 ff.) Anwendung; dazu reihen sich die Spezialvorschriften über die Verträge (§§ 145 ff., oben S. 261 ff.). So kommt es denn auch, ohne daß uns Buch II Abschnitt II Tit. I dies nochmals verrät, daß schon der Vertragsantrag seine bindende Wirkung äußert, daß aber generelle Anerbietungen, die gegenüber dem großen Publikum ergehen (z. B. durch Ankündigung von Konzerten und Theatervorstellungen, durch Eröffnung einer Eisenbahn oder Pferdebahn, durch Aufstellung eines Automaten) keineswegs die Verweigerung des Einzelvertrages mit einer bestimmten, dem Offerenten (Unternehmer) unlieben Person verhindern[4]).

§ 79. Der Inhalt des Vertrages.

Sehr eingehend erörtert nun das BGB. §§ 306—313 den Inhalt des Vertrages, indem es besonders hervorhebt, welche Abreden nicht Gegenstand eines Vertrages sein können. Zunächst wird der altbekannte Grundsatz[5]) aufgefrischt: impossibilium nulla est obligatio (§ 306); dann wird das Gleiche betreffs der gesetz-

[1]) Sie entspricht ungefähr den gemeinrechtlichen Ausnahmefällen der pollicitatio und des votum.

[2]) Auch diesen Ausnahmefall kannte bereits das römische Recht, dem die Schuldverschreibungen auf den Inhaber freilich fremd waren.

[3]) Soweit nicht (wie die Mot. II S. 176 richtig bemerken) diese Anwendung sich von selbst verbietet, weil es an einem Gegenkontrahenten und an einer Willenseinigung fehlt.

[4]) Vgl. richtig Meisner S. 37 unten.

[5]) L. 185 Dig. de R. J. (50, 17).

Digitized by Google

widrigen Verträge (z. B. Beamtenbestechung) zwar (wegen § 134) nicht mehr ausdrücklich wiederholt, aber doch (mittels § 309) betreffs der Konsequenzen auch von ihnen gesagt, wogegen die sittenwidrigen Verträge (die nach § 138, oben S. 255 allerdings gleichfalls nichtig sind) unerwähnt bleiben, also an den in §§ 307 und 308 normierten Rechtsfolgen nicht partizipieren.

Bevor wir nun diese Rechtsfolgen ins Auge fassen, bedarf es der Rückerinnerung daran, daß in §§ 306 ff. im Gegensatze zu §§ 275 ff. (oben S. 335 f.) nicht die später eintretende, sondern die *von Anfang an vorhandene* Unmöglichkeit erörtert wird; und zwar lediglich die *objektive*, nicht (wie dort) auch die subjektive *Unmöglichkeit*. Von Anfang an unmöglich ist z. B. der Kauf einer bereits untergegangenen Sachspezies[1]) oder der Kauf einer extrakommerziellen Sache,[2]) wie Kirchhof oder Monstranz; nicht unbedingt[3]) jedoch der Vertrag (z. B. Gras- und Obstnutzungsvertrag) über eine res publico usui destinata, wie Chaussee, Marktplatz, öffentliche Promenade.

Ist die bedungene Leistung nun von Anfang an unmöglich (oder gesetzwidrig), so kann diese Unmöglichkeit vielleicht im Laufe der Zeit gehoben werden (beispielsweise durch Beendigung des Strikes in dem Kohlenbergwerk, aus welchem eine Lieferung versprochen wird) und der Wille der Kontrahenten nur auf diesen Wiedereintritt der Möglichkeit gerichtet sein (§ 308 I);[4]) desgleichen kann die suspensiv bedingte oder die betagte Leistung im Augenblicke der Fälligkeit möglich geworden sein (§ 308 II). Aber ebenso kann die Leistung unmöglich *bleiben*. Dann hat zwar derjenige Kontrahent, welcher seinerseits etwas leistete, einen Anspruch auf Herausgabe dieser „ungerechtfertigten Bereicherung" (§§ 812 ff.), aber im übrigen ist der Vertrag wirkungslos. Eine Wirkung äußert die Unmöglichkeit — mag sie auch nur partiell gewesen sein[5]) oder bei einer

[1]) Ebenso ALR. I, 11 § 39, wogegen §§ 40 ff. ebenda und BGB. §§ 307 f. nicht völlig übereinstimmen.

[2]) Vermieden ist die Kasuistik des ALR. I, 5 §§ 58 ff.

[3]) Wie nach ALR. I, 4 § 14.

[4]) Vgl. auch § 2171 Satz 2.

[5]) Denn nach § 139 (oben S. 256) kann sich ja unter Umständen der eine Teil der Willenserklärung aufrecht er-

Digitized by Google

Alternativobligation lediglich eine der Leistungen betreffen (§ 307 II) — nur dann, wenn einer der Kontrahenten (nicht etwa beide: § 307 I Satz 2) die Unmöglichkeit kannte oder sich in fahrlässiger Unkenntnis davon befand: aber auch hier beschränkt sich die Wirkung des Vertrages auf den Ersatz des „negativen Vertragsinteresses" (§ 307 I).

Gewissermaßen als Musterbeispiele der nichtigen (weil unsittlichen und zugleich volkswirtschaftlich gefährlichen) Verträge sind die in § 310 und § 312 erwähnten zu betrachten, welche ein künftiges Vermögen oder den aus dem Nachlasse eines noch lebenden Dritten erhofften Vorteil betreffen. Die letztgenannte Art der Verträge, die sog. Erbschaftsverträge,[1]) — deren Gültigkeit im bisherigen Recht sehr bestritten und von den verschiedenen Gesetzen verschieden behandelt war — wird jedoch unter den künftigen gesetzlichen Erben[2]) jenes Dritten gestattet, ist aber auch dann an die erschwerte Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[3]) gebunden (§ 312 II), ebenso wie der vom Gesetz nicht prinzipiell gemißbilligte — und z. B. bei Abrede eines Altenteils durchaus übliche[4]) — Vertrag über ein gegenwärtiges Vermögen bezw. einen Teil davon (§ 311).

Nur ganz lose wegen der darin enthaltenen Formvorschrift mit den vorangehenden §§ 305 ff. verknüpft ist § 313, welcher gleichfalls gerichtliche oder notarielle Beurkundung[5]) für die Verträge über Immobiliareigentum (nicht auch über Belastung von Immobilien) erheischt[6]) und dadurch, wie wir bereits wissen (oben S. 65) eine sozialpolitisch wichtige Maßregel, nämlich einen Schutz gegen „Wirtshausgeschäfte" bietet und die Parteien zu gründlichem Nachdenken auch über untergeordnetere Punkte zwingt. Freilich wird der Mangel der Form durch nachfolgende Auflassung und[7])

---

halten lassen, obwohl der andere nichtig ist.

[1]) Nicht zu verwechseln mit den „Erbverträgen" des BGB. §§ 2274 ff.

[2]) Von denen z. B. der eine auswandern will; vgl. Kommissionsprot. S. 456.

[3]) Ueber diese Form vgl. BGB. § 128, oben S. 240.

[4]) Vgl. Mot. II S. 184.

[5]) Vgl. oben S. 240.

[6]) Vgl. ergänzend §§ 873 ff.

[7]) Dies hatte das preuß. Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 nicht ausdrücklich hinzugefügt.

Digitized by Google

Eintragung geheilt, und diese Heilung erstreckt sich zugleich auf alle Nebenverabredungen der Kontrahenten.[1]) Geheilt wird aber nur der angedeutete Formmangel, nicht ein etwaiger sonstiger Mangel des Rechtsgeschäfts (z. B. Irrtum, Drohung; vgl. oben S. 257 f.).[2]) Bis die Auflassung und Eintragung erfolgt ist, hat ein der Formvorschrift des § 313 Satz 1 widersprechender Vertrag nicht einmal obligatorische Wirkung; er berechtigt den Erwerber also auch nicht zur Klage auf Abgabe der Eintragungsbewilligung[3]) und des Eintragungsantrages durch den Veräußerer.[4])

§§ 314—317 bieten einige gesetzliche Auslegungsvorschriften. Von diesen ist uns die Bestimmung des § 314, daß im Zweifel das Zubehör einer Sache als mitveräußert bezw. -belastet gelte, schon geläufig (oben S. 198). Aber auch die §§ 315 ff. haben wir bereits (oben S. 73) gestreift, weil sie dem billigen Ermessen des Richters ein weites Feld eröffnen. Sie handeln in auffallend detaillierter Weise von den Fällen eines zunächst unbestimmten, aber durch billiges Ermessen[5]) später zu bestimmenden Inhaltes der vertragsmäßig bedungenen Leistung oder Gegenleistung und insbesondere in §§ 317 f. von dem Falle, daß ein Dritter die Leistung genauer bestimmen soll. Maßgebend ist in allen diesen Fällen das „billige Ermessen", das viri boni arbitrium,[6]) dessen Verletzung oder Verzögerung richterliche Entscheidung (auf Grund einer Feststellungs- oder Leistungsklage des Gegenkontrahenten) ermöglicht (§ 315 III; vgl. § 319 I). Unter den Kontrahenten ist zur näheren Bestimmung (die sich nach § 315 II als „empfangsbedürftige Willenserklärung" darstellt; vgl. § 318 I) in dubio der Anspruchsberechtigte befugt. — Was im besondern die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten betrifft,

[1]) Wenn zwar über die Hauptpunkte eine formgemäße Abrede vorliegt, nicht aber über unwesentliche Nebenpunkte, so ist BGB. § 139 (oben S. 256 f.) in Betracht zu ziehen. Vgl. auch ausführlich Meisner S. 41/42 Anm. 3.

[2]) Vgl. Denkschrift S. 73.

[3]) Vgl. Grundbuchordnung § 19.

[4]) Grundbuchordnung § 13.

[5]) Der Willkür eines Kontrahenten darf der Inhalt der Leistung nicht überlassen bleiben, denn dann wäre der Vertrag wegen Mangels eines wesentlichen Bestandteils nichtig. Vgl. Mot. II S. 192 und ALR. I, 5 § 71.

[6]) Mot. a. a. O.

Digitized by Google

dem die Parteien dazu das nötige Vertrauen schenken, so legen sie, wenn der Dritte nicht nach billigem, sondern nach freiem Ermessen entscheiden soll, zugleich offenbar soviel Gewicht gerade auf seinen Spruch, daß hier (§ 319 II) eine Aushilfe durch gerichtliche Entscheidung nicht vorgesehen wurde.[1]) — Wenn ein Irrtum, eine Drohung oder eine arglistige Täuschung (oben S. 226 ff.) unterläuft (§ 318 II), so wäre nach den allgemeinen Grundsätzen über die Anfechtung (oben S. 229) der Dritte selber die anfechtungsberechtigte Person; da er aber kaum ein Interesse an der Anfechtung haben wird, so ist sie ihm vom Gesetzgeber entzogen und dem an der Leistung interessierten Vertragsteile selber gegeben worden (§ 318 II Satz 1), für den dann dieselben Präklusivfristen in Betracht kommen (§ 318 II Satz 2 und 3), wie für den wegen Irrtums Anfechtungsberechtigten (§ 121, oben S. 230). — Dem preußischen Recht[2]) nachgebildet ist die Vorschrift des § 317 II, daß, wenn mehrere Dritte die Bestimmung abgeben sollen (wofür im allgemeinen Übereinstimmung erforderlich ist) und wenn es sich um eine Summe handelt, in dubio die Durchschnittsziffer gilt.

In einigen Fällen — wegen des Dienstvertrages (§ 612 II), wegen des Werkvertrages (§ 632 II) und wegen des Mäklervertrages (§ 653 II) — füllt übrigens das Gesetz selber die Lücke in der Bestimmung der Leistung (der Vergütung) dahin aus, daß eine etwaige Taxe, eventuell der übliche Satz maßgebend sei.

Zweiter Titel. § 80. Insbesondere der gegenseitige Vertrag.

Der zweite Titel (§§ 320—327) bietet Regeln über alle gegenseitigen (bilateralen, wesentlich zweiseitigen) Verträge, welche (wie Kauf, Miete und Pacht, Dienstvertrag, Werkvertrag) für beide Parteien mit einem Anspruch und mit einer Leistung verknüpft sind,[3]) während Titel I auch für einseitige Verträge (wie

[1]) Der Vertrag ist also wie nach ALR. I, 5 §§ 72 f. ungültig, wenn der Dritte sich zur Abgabe der Erklärung nicht bereit findet.

[2]) ALR. I, 11 § 50.

[3]) Diese Leistungen sollen gegen einander ausgetauscht werden (vgl. auch Planck II S. 91/92). Solche Rechtsverhältnisse, welche nur unter besonderen Umständen eine actio contraria hervorrufen (wie Auftrag und Geschäftsbesorgung ohne Auftrag,

Digitized by Google

Schenkung, Leihe und Darlehen) zutrifft. Und in der That bedurfte das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung genauerer Erörterungen. Zuerst wird (in §§ 320 ff.) dies Verhältnis im allgemeinen besprochen, dann wird (in §§ 323 ff.) die Einwirkung der Unmöglichkeit und in § 326 die Einwirkung des Verzuges nebst dem in beiden Fällen möglichen Rücktrittsrechte (§ 327) geprüft.

Die Grundregel bildet nun „Erfüllung Zug um Zug" (vgl. § 320 I Satz 1) d. h. „wechselseitig zu gleicher Zeit"[1]) und daher auch im Falle der Klage Verurteilung zur „Erfüllung Zug um Zug" (§ 322 I). Selbstverständlich kann aber nach der Vertragsabrede oder den Umständen des Falles Vorleistung der einen Partei erforderlich sein, so beim Kreditkaufe oder wenn der Mieter in den Neubau bereits einige Tage vor dem Quartalsersten einziehen darf. Dann ist der zur Vorleistung verpflichtete Teil (hier also der Verkäufer bezw. Vermieter) dazu im allgemeinen auch in dem Falle verpflichtet, wenn die beim Vertragsschlusse vorhandenen Verhältnisse sich wesentlich geändert haben; eine Ausnahme besteht zufolge § 321 nur wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gegners, insofern diese zur Verweigerung der Leistung berechtigt, bis die gefährdete Gegenleistung oder mindestens eine Sicherheitsleistung erfolgt. Nur in diesem Umfange (für welchen die Bestimmungen des ALR.[2]) über ein Darlehensversprechen vorbildlich waren) hat also der Gesetzgeber die ‚clausula rebus sic stantibus' und den Einfluß „veränderter Umstände" sanktioniert: eine jedesfalls sehr bedenkliche[3]) Einschränkung jenes im preußischen Rechte[4]) weit allgemeiner gefaßten Prinzipes, die z. B. den Käufer zur An-

§§ 662 ff. und 677 ff.), interessieren also für obigen Titel nicht (oder doch der Auftrag nur wegen des § 675 mittelbar). Zu den Beispielen im Text kommen daher von den im BGB. Abschn. VII behandelten Schuldverhältnissen nur noch hinzu: Mäklervertrag (§§ 652 ff.), Gesellschaft (§§ 705 ff.), Leibrente (§§ 759 ff.), Vergleich (§ 779).

[1]) Mot. II S. 200.

[2]) ALR. I, 11 §§ 656 f. und ebenso BGB. § 610.

[3]) Vgl. auch namentlich Meisner S. 47 ff.

[4]) ALR. I, 5 §§ 377 ff. und wegen der Anschauung von Svarez in der revisio monitorum Meisner S. 48.

Digitized by Google

zahlung eines Teiles des Kaufpreises selbst dann zwingt, wenn der in günstiger Finanzlage lebende Lieferant wegen eines plötzlich ausausbrechenden Kohlenstrikes keine Kohlen erhalten kann.

Zweckmäßig und billigenswert ist dagegen die Bestimmung (§ 320 II), daß ein unbedeutender Rückstand in der Leistung des einen Teiles den andern Teil nicht zur Verweigerung seiner Gegenleistung berechtigt, wenn darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben (vgl. oben S. 78) läge.

Sofern ein Weigerungsrecht (nach § 320 I Satz 1) besteht, hat dieses einen ähnlichen Charakter wie das in §§ 273 ff. (oben S. 334 f.) erörterte Retentionsrecht; aber durch § 320 I Satz 3 ist dem säumigen Gegenkontrahenten untersagt, die Leistungsweigerung des andern Teiles (des Anspruchsberechtigten) durch Sicherheitsleistung (§ 273 III) illusorisch zu machen.[1])

Auch die Verurteilung kann auf Leistung Zug um Zug lauten. Jedoch nur, wenn (wie § 322 I sagt) „die Geltendmachung des dem andern Teile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern" in der That erfolgt, d. h. also wenn der Beklagte sich wirklich auf die exceptio non (bezw. non rite) adimpleti contractus beruft.[2]) Unterläßt er das, so wird er pure verurteilt.[3]) — Demnach ist es nicht, wie nach preußischem Recht,[4]) erforderlich, daß der Kläger seine Klage dahin substanziiert, daß er die seinerseits erfolgte Vertragserfüllung bezw. die Vorleistungspflicht des Beklagten darlegt. Für die Kauf-

---

[1]) Eine an mehrere Personen (z. B. die Erben des Gegenkontrahenten) zu machende Leistung gilt als so einheitlich, daß nicht etwa einer der Gegner gegen das Erbieten zur Leistung seines Anteils den entsprechenden Teil der Gegenleistung beanspruchen darf (§ 320 I Satz 2); dieser Gegner müßte sich vielmehr seinerseits zu der ganzen Leistung (z. B. des ganzen Kaufpreises) erbieten.

[2]) Endemann S. 534 Anm. 6 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß es dem pure verurteilten Beklagten überlassen bleibt, seinen Anspruch durch eine selbständige Klage geltend zu machen, und daß somit das gegenseitige Vertragsverhältnis in zwei selbständige Schuldverpflichtungen aufgelöst wird.

[3]) Wegen der Zwangsvollstreckung bei Verurteilung zur Leistung Zug um Zug vgl. die Novelle zur CPO. §§ 664 II, 676 a, 784 IV (Reichstagsvorl. Nr. 173, 179, 182).

[4]) ALR. I, 5 §§ 232, 271.

Digitized by Google

klage genügt es also, wenn behauptet wird: „der Beklagte kaufte 10 Zentner Kohlen", es bedarf nicht des Zusatzes: (der Beklagte kaufte) „und erhielt". Das ist eine sehr wichtige Bevorzugung des gemeinen Rechts vor dem preußischen, deren praktische Bedeutung insbesondere aus der Probe auf das Versäumnisurteil erhellt; denn auch der preußische Richter hat fortab die exceptio non adimpleti contractus nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.[1])

Besteht dagegen Vorleistungspflicht des einen Teiles, so kann es kommen, daß der andere Kontrahent nicht blos seine Nachleistung, sondern auch die Annahme der gegnerischen Vorleistung weigert (etwa, weil ihn das übereilt geschlossene Geschäft reut). Dann darf der Vorleistungspflichtige (z. B. der Verkäufer bei Kreditkauf) auf Leistung des andern (des Käufers betreffs der Kaufsumme) nach Empfang der Gegenleistung (des Kaufobjekts) klagen (§ 322 II). Ergeht nunmehr ein Urteil und beharrt der Verurteilte im Annahmeverzuge, so ist der siegreiche Kläger befugt, die Zwangsvollstreckung durchführen, ohne seinerseits vorleisten zu müssen (§ 322 III und § 274 II und dazu oben S. 335). Es ist das eine äußerst praktische Vorschrift.

Die Folgen, welche eintreten, wenn eine der sich gegenüberstehenden Leistungen *später unmöglich wird*,[2]) sind auch hier (wie nach §§ 275 ff., oben S. 335 ff.) verschieden, je nachdem die Unmöglichkeit unverschuldet war (§ 323) oder nicht (§§ 324 ff.) und je nachdem die Leistung gänzlich oder nur teilweise (§ 323 I a. E., 325 I Satz 2, 326 I Satz 3) unmöglich wurde.

Unverschuldete Unmöglichkeit der einen Leistung befreit den andern Teil von seiner Verbindlichkeit (§ 275, oben S. 336) und entzieht daher (§ 323) demjenigen Kontrahenten, dessen Leistung unmöglich wurde, den Anspruch auf die Gegenleistung. Kann also der Sänger wegen Erkrankung nicht auftreten, so darf er auch kein Honorar beanspruchen; muß er von den sechs Konzertabenden

[1]) Vgl. Mot. II S. 204.

[2]) Bei einer von Anfang an vorhandenen Unmöglichkeit kommen BGB. §§ 306 ff. (oben S. 351 f.) zur Anwendung.

Digitized by Google

nur den letzten ausfallen lassen, so wird sein Honorar entsprechend gekürzt[1]) (§ 323 I a. E.); den erhaltenen Vorschuß muß er bei gänzlichem Ausfalle des Gastspiels ganz, bei Ausfall eines Teiles in Höhe des unverdienten Überschusses als „ungerechtfertigte Bereicherung" (§§ 812 ff.) herausgeben (§ 323 III).[6]) — Der Gegenkontrahent hat jedoch auch bei gegenseitigem Vertrage das durch § 281 (oben S. 337 f.) gewährte Recht, zu verlangen, daß der andere Teil ihm etwaige Ersatzansprüche an Dritte (z. B. an eine haftpflichtige Eisenbahn oder an eine Versicherungsgesellschaft, welche dem bei der Bahnfahrt verunglückten Sänger täglich 20 Mark Kurkosten zahlen muß) abtrete; macht er von diesem Abtretungsanspruche Gebrauch, so bleibt er natürlich zu seiner Gegenleistung bezw. zu einem adäquaten Teile derselben verpflichtet (§ 323 II).

Mit diesen durchaus lobenswerten, der aequitas (oben S. 74) entsprechenden Vorschriften schließt sich das BGB. im bewußten Gegensatze[3]) zum gemeinen Rechte dem deutschrechtlichen und insbesondere auch im ALR.[4]) vertretenen Gedanken an, daß die „Gefahr" des Zufalls nicht etwa schon mit dem Vertragsschlusse auf den Gegenkontrahenten übergehe, sondern erst mit der Erfüllung, so daß nun erst die Gegenleistung beansprucht werden darf.

Ganz anders sind die Folgen der Nichterfüllung gestaltet, wenn diese auf ein Verschulden zurückzuführen ist. Hier muß man aber wieder unterscheiden,[5]) ob der Verpflichtete selber der Schuldige ist (§ 325) oder sein Gegenkontrahent (§ 324).

Ist der Leistungspflichtige an der Nichterfüllung schuld,[6]) so hat der Gegner (und zwar auch bei bloßer Unmöglichkeit eines

---

[1]) Ein Rücktrittsrecht besteht hier für den Vertragsgegner nicht oder doch nur, wenn es „nach den Umständen des Falles . . . der Vertragsintention entspricht" (Mot. II S 208).

[2]) Vgl. auch § 327 Satz 2.

[3]) Vgl. Mot. II S. 206 und Denkschrift S. 73 f.

[4]) ALR. I, 11 §§ 95, 100; I, 5 §§ 364 ff.

[5]) So unterscheidet auch ALR. I, 11 §§ 98, 102 ff.; I, 5 §§ 369 ff.

[6]) Z. B. wenn der Sänger sich die Erkältung durch eigene Fahrlässigkeit zugezogen hat (§ 276 I Satz 1 und 2).

Digitized by Google

Teiles der Erfüllung, sofern die Erfüllung des möglichen Teiles dem Gläubiger kein Interesse mehr bietet, § 325 I Satz 2, oben S. 71) ein vierfaches[1]) Wahlrecht: er kann vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen (§ 325 I Satz 1) oder wie bei unverschuldeter Unmöglichkeit (§ 323, oben S. 357 f.), seine Gegenleistung verweigern[2]) oder Abtretung der Ansprüche des Schuldners verlangen (§ 325 I Satz 3). Nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners und ganz oder teilweise fruchtlosem Ablaufe der ihm gesetzten Frist (vgl. § 283 und dazu oben S. 338) greift dies vierfache Wahlrecht ebenfalls Platz (§ 325 II).

Wenn hingegen die Unmöglichkeit der Erfüllung auf ein Verschulden des Gläubigers zurückzuführen ist[3]) (und diesem Falle wird der Annahmeverzug des Gläubigers und die im gleichen Augenblicke vorhandene zufällige Verhinderung des Schuldners gleichgestellt, § 324 II), so behält der Schuldner natürlich trotz seiner Befreiung von der eigenen Leistungspflicht[4]) den ihm gebührenden Gegenanspruch gegen den Gläubiger (§ 324 I Satz 1), nur daß diesem eine etwaige Ersparnis oder ein anderweitiger Erwerb zu Gute gerechnet werden, welchen der Schuldner nunmehr machte oder füglich machen konnte (§ 324 I Satz 2).[5]) Das ist (vgl. oben S. 68) eine zweckmäßige Berücksichtigung des Gläubigers; eine solche liegt aber auch darin, daß die preußisch-rechtliche[6]) Pflicht des Gläubigers, dem Schuldner sogar Schadensersatz zu leisten, nicht Aufnahme gefunden hat und daher an die weitere

[1]) Dies kommt bei Endemann S. 538 (Anm. 17 a. E.) nicht deutlich genug zum Ausdrucke.

[2]) Dies Recht kann er dann auch ohne ausdrückliche Rücktrittserklärung einredeweise geltend machen; vgl. Meisner S. 52 Anm. 1 d.

[3]) So z. B. wenn der Konzertunternehmer den Sänger bei schlechtem Wetter in einem offenen Wagen abholen ließ und dadurch die plötzliche Indisposition verschuldete, oder wenn der Redner nicht auftreten kann, weil man vergessen hatte, die Versammlung polizeilich anzumelden.

[4]) Vgl. BGB. § 275 (oben S. 336) und ALR. I, 5 § 361.

[5]) Etwas anders als § 324 I Satz 2 („zu erwerben böswillig unterläßt") ALR. I, 11 § 912 („zu erwerben erweislich Gelegenheit gehabt hat").

[6]) ALR. I, 5 § 361, sowie I, 11 §§ 888 f., 909 f., 918.

Digitized by Google

Voraussetzung einer unerlaubten Handlung (§§ 823 ff.) geknüpft worden ist.[1])

Eine besondere Behandlung erfährt der Verzug eines Kontrahenten in § 326. Zunächst kann natürlich der Gläubiger die verzögerte Leistung nach den allgemeinen Grundsätzen von der mora debitoris (§ 286 II, oben S. 344) ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; dazu bedürfte es aber des Nachweises nunmehrigen Mangels eines Interesses an der Leistung (vgl. auch § 326 II); hierüber hinausgreifend gestattet nun § 326 I die uns auch sonst (oben S. 289) schon bekannte Maßregel der Setzung einer angemessenen Frist[2]) (zur Nachholung der verzögerten Leistung unter Androhung der gänzlichen Ablehnung) und nach erfolglosem Fristablaufe[3]) den Rücktritt vom Vertrage (nebst Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, jedoch unter Ausschluß des Anspruchs auf effektive Erfüllung). — Auch mit diesem Rechtsbehelfe trennt sich das BGB. vom gemeinen Recht; es schließt sich einem im ALR.[4]) andeutungsweise vorhandenen und im Handelsgesetzbuche[5]) schon sehr deutlich ausgeprägten Gedanken an.

Sofern der Anspruchsberechtigte von seinem geschilderten Rücktrittsrechte Gebrauch machen will, weil der andere an der Nichterfüllung Schuld ist (§ 325) oder weil er insbesondere in Verzug geraten ist (§ 326), so wird (nach § 327 Satz 1) dies Rücktrittsrecht so behandelt wie das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (§§ 346—356).[6]) — Die in § 327 Satz 2 gedachte Möglichkeit eines Rücktrittes, obgleich der andere Teil an der Nicht-

[1]) Vgl. Mot. II S. 208. Ein Beispiel wäre der erste oben S. 359 Anm. 3 erwähnte Fall, der sich als fahrlässige Gesundheitsverletzung (§ 823 I) auffassen läßt.

[2]) Es handelt sich natürlich um eine „Nachfrist", nicht um eine „Notfrist", wie ein Druckfehler bei Haidlen S. 392 Zeile 5 von oben sagt.

[3]) Bei teilweise unterbliebener Erfüllung bedarf es für den Rücktritt und den Ersatzanspruch des Nachweises mangelnden Interesses an der Restleistung: § 326 I Satz 3.

[4]) ALR. I, 5 §§ 369 ff., 408 ff.

[5]) HGB. ältere Fassung Art. 354 bis 356.

[6]) Nicht aber sind auch §§ 357 bis 361 herangezogen. Diese behandeln nämlich teils (§§ 357—359) Spezialfragen, die nur auf das vertragsmäßig bedungene Rücktrittsrecht passen, teils (§§ 360 f.) zwei diesem Rechte nur verwandte Fälle; vgl. unten S. 369 ff.

Digitized by Google

erfüllung keine Schuld trägt, und die alsdann vorgesehene condictio indebiti betreffen die Fälle des § 283 (oben S. 338) und des § 361 (unten S. 370 f.).[1])

Neben den erörterten allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung bilateraler Verträge und Gefahrtragung bei ihnen enthält das BGB. wegen der Gefahr für einzelne besonders wichtige Fälle noch besondere Vorschriften: in §§ 446 I Satz 1 und 447 für den Kauf, in § 588 I Satz 1 für den Pacht, in § 616 für den Dienstvertrag und in § 644 für den Werkvertrag.[2])

Dritter Titel. § 81. Verträge zu Gunsten Dritter.

Im dritten Titel („Versprechen der Leistung an einen Dritten", §§ 328—335)[3]) nimmt das BGB. Stellung zu der Frage nach den Verträgen zu Gunsten Dritter,[4]) also zu solchen Kontraktsobligationen, welche von X und Y zwar im eigenen Namen, aber mit der Absicht geschlossen werden, daß Z ein Forderungsrecht gewinnen solle. Geläufige Beispiele sind insbesondere die Lebensversicherung, der Leibrentenvertrag und der Gutsüberlassungsvertrag. — Während das römische Recht derartige Verträge nicht kannte und auch die älteren Kodifikationen[5]) ihnen nur eine schwache Wirkung für den Dritten selber einräumten, drängte die Praxis, insbesondere mit Rücksicht auf die erwähnten Musterfälle und das durch sie dokumentierte wirtschaftliche Bedürfnis, energisch zur Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung dieser Verträge auch ohne den Beitritt des Begünstigten, und das BGB. gibt denn auch ausdrücklich zu, daß eine solche Vertragsabrede möglich und erlaubt sei (§ 328 I).

---

[1]) Vgl. Kommissionsprot. S. 653.

[2]) Vgl. auch Planck S. 99 Anm. 7. Wegen der Gefahrtragung überhaupt (abgesehen von bilateralen Verträgen) vgl. noch Bestimmungen in §§ 270 I, 300 II (oben S. 333 und S. 348), §§ 350 (unten S. 368/369), 379 und 811 I, sowie Meisner S. 51 oben (Anm. 3).

[3]) Hierzu sehr eingehend Stammler S. 165—179.

[4]) Zur Entwickelung dieses Rechtsinstituts auch Cosack S. 329, Endemann S. 545 f. (insbes. Anm. 1 wegen des römischen Rechts) und Stammler S. 165 f.

[5]) Insbes. ALR. I, 5 §§ 74 ff.: es ist der Beitritt des Dritten „mit Bewilligung der Hauptparteien" erforderlich.

Digitized by Google

Nun ist aber in der Theorie nicht blos die wissenschaftliche Konstruktion des pactum in favorem tertii und die Notwendigkeit des ausdrücklichen Beitritts lebhaft bestritten,[1]) sondern es fragt sich insbesondere auch, ob der Dritte das Recht sofort erwirbt (oder vielleicht erst z. B. mit dem Tode des Versprechensempfängers) und ob die beiden eigentlichen Kontrahenten die Vereinbarung später ohne eine Mitwirkung des Dritten wieder abändern oder gar aufheben dürfen. Auch hier wollte nun das BGB. nicht endgültige Normen geben, die vielleicht nicht auf alle Anwendungsformen und -fälle passen, sondern es beschränkte sich darauf, in § 328 II die Beurteilung dem Richter zu überlassen und diesen auf die etwaigen besonderen Bestimmungen bezw. auf die Umstände und namentlich auf den Zweck des Vertrages hinzuweisen.

Auch sonst enthält Titel III vorwiegend Auslegungsvorschriften: Als echter Vertrag zu Gunsten des Dritten mit der Wirkung eines unmittelbaren Forderungsrechtes dieses Dritten gilt die in seinem Interesse getroffene Bestimmung in dubio sowohl bei der Lebensversicherung und bei dem Leibrentenvertrage wie bei der Gutsübernahme und schließlich bei jeder unentgeltlichen Zuwendung (§ 330).[2]) Dagegen gilt als Vertrag zu Gunsten eines Dritten (nämlich des Gläubigers) im Zweifel nicht (§ 329) die bloße Erfüllungsübernahme[3]) ohne wirkliche Schuldübernahme (im Sinne der §§ 414 ff.). — Die erst nach dem Tode des Versprechensempfängers fällig werdende Leistung erwirbt der Dritte im Zweifel erst mit dem Ableben des Versprechensempfängers (§ 331 I), d. h. die Erben des Dritten rücken in den Anspruch nicht ein, wenn der Dritte vor dem Versprechensempfänger stirbt;[4]) der Versprechensgeber kann mangels ausdrücklichen Vorbehaltes den Vertrag weder abändern noch aufheben, wenn der Begünstigte beim Tode des Versprechens-

---

[1]) Vgl. den Ueberblick in den Mot. II S. 265 ff.

[2]) In der ersten Lesung fehlte eine dem BGB. § 330 (und ebenso den §§ 331 f.) entsprechende Vorschrift noch gänzlich.

[3]) Vgl. I. Lesung § 318 I.

[4]) Vgl. Meisner S. 58 oben sub 2.

Digitized by Google

empfängers noch nicht lebt (§ 331 Abs. II).[1]) — Ein für den Versprechensempfänger bedungener Vorbehalt der von einer Zustimmung des Versprechenden unabhängigen Substituierung eines anderen Dritten kann in dubio auch letztwillig erfolgen (§ 332), also[2]) ohne Erklärung an den Versprechenden; von dieser Befugnis kann daher z. B. bei Versicherung zu Gunsten der hinterbleibenden Ehefrau später zu Gunsten der Kinder oder auch zu Gunsten der Nachlaßgläubiger Gebrauch gemacht werden und umgekehrt. — Endlich ist (§ 335) in dubio neben dem Dritten auch der Versprechensempfänger selbst forderungsberechtigt, aber nicht etwa zu seinen, sondern natürlich nur zu des Dritten Gunsten.

Es erübrigt noch ein Blick auf §§ 333 und 334. § 333 gibt dem Dritten die Befugnis, durch einseitige Erklärung an den Promittenten das ihm vielleicht garnicht erwünschte Recht abzulehnen; die Ablehnung wirkt also wie eine Resolutivbedingung; welche Wirkungen inter partes eintreten, wird sich nach der Lage des Einzelfalles richten.[3]) — § 334 bestimmt, daß der Versprechende etwaige Einwendungen[4]) auch dem Dritten entgegenhalten darf, aber nur Einwendungen aus dem Vertrage selbst (z. B. die Einrede mangelnder Prämienzahlung beim Versicherungsvertrage und die Einrede mangelnder Erfüllung des Gutsüberlassungsvertrages), nicht z. B.[5]) eine aus einem andern Rechtsverhältnisse gegen den Versprechensempfänger begründete Kompensationseinrede.

Vierter Titel. § 82. Die Draufgabe und die Vertragsstrafe.

Eine wichtige Rolle spielen bei Kontraktbrüchen die Draufgabe und die Vertragsstrafe. Ihnen widmet das BGB. daher einen besonderen Titel IV (§§ 336—345).

Die Draufgabe (§§ 336—338) — deren wichtiger Anwendungsfall bei Gesindemiete freilich der landesrechtlichen Regelung

[1]) Die Kommissionsprotokolle S. 766 denken an eine den Ungeborenen schädigende Abmachung des Versprechenden mit den Erben des Versprechensempfängers.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. S. 761.

[3]) Mot. II S. 272.

[4]) Ueber diesen Begriff vgl. oben S. 313 Anm. 3.

[5]) Mot. II S. 273, Denkschrift S. 77.

Digitized by Google

verblieben ist (EBGB. Art. 95, oben S. 35) — sowie alles, was unter andern Namen (wie Handgeld, Angeld, Anzahlung) ihr gleichgerechnet werden muß, wird in Übereinstimmung mit dem geltenden, insbesondere auch preußischen Recht und Handelsrecht[1]) (in dubio, d. h. wenn nicht der Wille der Parteien ausdrücklich oder, der Ortssitte entsprechend, vermutlich das Gegenteil besagt) als bloßes Zeichen des Vertragsabschlusses (arrha confirmatoria), nicht als Reugeld[2]) (arrha poenitentialis) und auch nicht als Formerfordernis des Vertrages[3]) betrachtet (§ 336) und ferner[4]) (§ 337) als bloßer Vorschuß, nicht als Zugabe. Darum ist sie auch, wenn der Vertrag hinfällig wird, im Zweifel auf den Schadensanspruch desjenigen anzurechnen, der sie empfangen hat (§ 338 Satz 2); doch darf dieser die Draufgabe als „Schadensminimum"[5]) behalten, falls der andere Teil die Wiederaufhebung des Vertrages oder die Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung verschuldet (§ 338 Satz 1); bei Verschulden des Empfängers der Draufgabe behält es sein Bewenden bei den allgemeinen Vorschriften (oben S. 325 ff. und S. 358 ff.).

Die Vertragsstrafe (Konventionalstrafe)[6]) (§§ 339—345), welche sowohl bei Abschluß des Vertrages selbst wie später und auch bei außerkontraktlichen Verbindlichkeiten verabredet werden darf[7]) und welche (vgl. § 342) nicht unbedingt in einer Geldleistung bestehen muß, hat[8]) den doppelten Zweck: einen Druck auf den Schuldner auszuüben und den Nachweis des entstandenen Schadens entbehrlich zu machen. Sie kann sowohl für den Fall versprochen werden, daß der Schuldner seine Leistung überhaupt nicht erfüllt, wie für den Fall, daß er sie nicht gehörig (insbesondere nicht rechtzeitig) erfüllt. Für beide Fälle besteht Übereinstimmung

[1]) ALR. I, 5 §§ 205 ff., Handelsgesetzbuch (ältere Fassung) Art. 285.

[2]) Ueber Reugeld vgl. auch § 359.

[3]) Vgl. Mot. II S. 274 und Preußische Gesindeordnung vom 8. November 1810 § 23.

[4]) Vgl. Mot. a. a. O.

[5]) Mot. a. a. O.

[6]) Paul Deus, Die Vertragsstrafe nach dem BGB., Erlanger Inaugural-Dissertation, Berlin 1896.

[7]) Mot. II S. 275 (nicht 278, wie Haiblen zitiert).

[8]) Wie die „Selbstpfändung" („Schüttung") des deutschen Rechts (vgl. oben S. 305) und wie wegen des Druckes auf den Gegner nach dem BGB. vielfach die Setzung einer Frist durch den Gegner (oben S. 289).

Digitized by Google

dahin, daß (§ 339) im allgemeinen die Konventionalstrafe nur dann verwirkt wird, wenn der Schuldner in Verzug gerät, daß aber in dem besonderen Falle der Verpflichtung zu einem Unterlassen (vgl. oben S. 318) die einfache Thatsache des — selbst unverschuldeten — Zuwiderhandelns gegen diese Unterlassungspflicht genügt.[1]) Im übrigen sind die beiden angedeuteten Fälle zu trennen.

Bei Abrede der Konventionalstrafe für den Fall gänzlicher Nichterfüllung ist der Gläubiger zur Wahl zwischen Erfüllung und Konventionalstrafe (Hauptleistung oder Strafleistung)[2]) berechtigt, aber er besitzt nach Geltendmachung des letzteren Anspruchs kein jus variandi mehr[3]) (§ 340 I). Hat er nach allgemeinen Grundsätzen (oben S. 324 ff.) einen Anspruch auf Schadensersatz, so ist er (entsprechend dem gemeinen und Handelsrecht[4]) und im Gegensatze zum preußischen Rechte)[5]) dennoch an Liquidation eines die Konventionalstrafe übersteigenden Schadens ungehindert (§ 340 II); der Anspruch auf die Vertragsstrafe kommt aber — ebenso wie der Ersatzanspruch — ganz in Fortfall, wenn der Gläubiger von einem ihm zustehenden Rechte des Rücktritts wegen Nichterfüllung Gebrauch macht.[6])

Bei Abrede der Konventionalstrafe für den Fall nicht gehöriger Erfüllung[7]) dagegen darf der Gläubiger — einen ausdrücklichen Vorbehalt bei Annahme der Erfüllung vorausgesetzt (§ 341 III)[8]) — die Strafe und die Erfüllung beanspruchen (§ 341 I, III) und desgleichen im Falle eines Schadensersatzanspruches wegen nicht gehöriger Erfüllung den die Konventionalstrafe übersteigenden Schadensbetrag (§ 341 II).

Daß die Voraussetzung der Konventionalstrafe — Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Verbindlichkeit — vor-

[1]) Die Abrede der Konventionalstrafe zeigt also den Charakter einer Garantieübernahme (Mot. II S. 278).
[2]) Vgl. Meisner S. 61.
[3]) Mot. II S. 276.
[4]) Handelsgesetzbuch (ältere Fassung) Art. 284 III.
[5]) ALR. I, 5 § 293.
[6]) Vgl. Mot. II S. 276.
[7]) Nicht rechtzeitig (s. oben S. 333 f.), nicht am gehörigen Ort, nicht vollständig (vgl. Mot. II S. 277).
[8]) So auch nach ALR. I, 5 § 307; anders im gemeinen Recht; vgl. Mot. II S. 277.

Digitized by Google

handen sei, hat (als „negative Thatsache") nicht der Gläubiger zu beweisen, sondern der Schuldner zu widerlegen (§ 345); nur dann wird der Gläubiger beweispflichtig, wenn der Schuldner seine Unterlassungspflicht durch eine Begehungssünde verletzt hat.

Die Konventionalstrafe setzt aber eine gültige[1]) Hauptverbindlichkeit voraus und darf nicht zu Gesetzesumgehungen benutzt werden (§ 344); die Parteien dürfen sich auch nicht darauf berufen, daß sie diese Unwirksamkeit (oben S. 259) des Hauptversprechens gekannt und gerade darum die Vertragsstrafe bedungen haben.[2])

Äußerst wichtig ist das in § 343 behandelte richterliche Ermäßigungsrecht, welches ein Sicherheitsventil bilden soll gegen allzu hohe Spannung des Prinzips der Vertragsfreiheit und welches wir schon (oben S. 65) als eine der sozialpolitisch bedeutsamen Neuerungen des BGB. kennen lernten (die übrigens erst aus der II. Lesung stammt). Die Neuerung liegt nun aber nicht so sehr in der Existenz dieses richterlichen Herabsetzungsrechts als in seiner Gestaltung. Dies Recht greift nämlich nicht blos Platz, wenn die verabredete Konventionalstrafe in einem bestimmten rechnerischen Mißverhältnisse zum effektiven Schaden steht,[3]) sondern stets, wenn die verwirkte Strafe „unverhältnismäßig hoch" ist. Ferner ist der Richter zur Herabsetzung der Strafe nicht mehr gezwungen,[4]) sondern nur (wie nach französischem Recht)[5]) befugt, und zwar lediglich auf Antrag des Schuldners (§ 343 I Satz 1), der das Mißverhältnis zu behaupten und zu beweisen hat. Vor allem steht aber der Richter in der Beurteilung der Unangemessenheit gänzlich frei da (§ 343 I

[1]) Die Hauptleistung darf nicht „durch das Gesetz für unwirksam erklärt" sein (Naturalobligationen, oben S. 317, Eheversprechen, BGB. § 1297 II, Mot. II S. 279); vgl. ALR. I, 5 § 310.

[2]) Bei bloßer Anfechtbarkeit (oben S. 229) des Hauptversprechens wird freilich in der Abrede einer Konventionalstrafe ein Verzicht auf die Anfechtung (§ 144, oben S. 257) gefunden werden können. Vgl. Kommissionsprot. S. 787. Daselbst über die Fälle der Anfechtbarkeit auch sonst noch wertvolle Bemerkungen.

[3]) Das ALR. I, 5 § 301 sagt: „Wird . . . . . der doppelte Betrag des auszumittelnden Interesses überstiegen, so muß der Richter die Strafe bis auf diesen doppelten Betrag ermäßigen." Dagegen bereits HGB. Art. 284 I, aber nur was die Beschränkung der Vertragsfreiheit betrifft.

[4]) Vgl. ALR. a. a. O.

[5]) Code civil art. 1231.

Digitized by Google

Satz 2). Somit darf er außer einem Vermögensinteresse des Gläubigers auch jedes andere subjektive Interesse desselben, selbst ein reines Affektionsinteresse (vgl. oben S. 326) in die Wagschale werfen, sofern es sich nur als „berechtigt", d. h. nicht als „absonderliche Laune oder Phantasie"[1]) erweist. Auch auf die „wirtschaftliche Lage beider Teile"[1]) und auf den Grad des stattgehabten Verschuldens darf er Rücksicht nehmen; namentlich aber unterliegt es seinem Ermessen, welcher Zeitpunkt die Grundlage für die Berechnung des Interesses des Gläubigers bilden soll: ob der Augenblick des Vertragsschlusses oder der der Strafverwirkung oder der der Klageerhebung oder der des Urteils.

Daß die einmal gezahlte Konventionalstrafe nicht mehr herabgesetzt bezw. zurückgefordert[2]) werden darf (§ 343 I Satz 3), erklärt sich aus der Erwägung, daß sie, wenn sie gezahlt wurde, doch wohl nicht unverhältnismäßig hoch gewesen sein wird.[3])

Fünfter Titel. § 83. Das Rücktrittsrecht.

Das in Titel V (§§ 346—361) erörterte **Rücktrittsrecht** wurde bereits mehrfach gestreift, weil es durch BGB. §§ 280 II Satz 2, 286 II Satz 2, 327 auch auf einige Fälle für anwendbar erklärt ist,[4]) in denen es sich nicht, wie in Titel V, um den abredemäßig vorbehaltenen Rücktritt handelt, sondern um ein gesetzliches Rücktrittsrecht (z. B. wegen Unmöglichkeit eines Teiles der schuldnerischen Leistung oder bei Verzug des Schuldners).

Theoretisch wichtig ist es, daß in Titel V nicht blos der eigentliche Reuvertrag (pactum displicentiae), sondern (§§ 360 und 361) auch der Vorbehalt der Rechtsverwirkung (lex commissoria) und bei gegenseitigem Vertrage „im Zweifel" das Fix-

[1]) Kommissionsprot. S. 785.

[2]) Auf diese im Gesetzestexte selber nicht vorgesehene Frage beschränkt Meisner seine Bemerkung S. 64 Anm. 4.

[3]) § 343 II betrifft Thatbestände, die sich nicht als Abrede einer Konventionalstrafe, sondern als bedingte Versprechungen für den Fall eines Thuns oder Unterlassens charakterisieren (Kommissionsprot. S. 786 unten), z. B. eine sog. „Wette" zweier Freunde, von denen der zuerst heiratende einen Korb Sekt spenden soll.

[4]) Vgl. ferner § 467 (Wandelungsklage) und § 527 I, 555, sowie zu § 467 weiter § 634 IV.

Digitized by Google

geschäft, sowie der Vorbehalt eines besseren Angebotes (in diem addictio) behandelt werden.[1])

Der Rücktritt wirkt nach § 346 Satz 1 nur inter partes, nicht gegenüber Dritten, und hat nur den Effekt eines obligatorischen Anspruchs auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, dagegen nicht — oder doch höchstens bei diesbezüglichem Willen der Kontrahenten[2]) — gleich der Resolutivbedingung die Wirkung einer ipso jure eintretenden Wiederherstellung jenes Zustandes.

Dieser Anspruch auf restitutio in integrum führt zu der weiteren Konsequenz, daß keine Partei sich auf Kosten der anderen bereichern soll, und aus diesem Gesichtspunkte erklären sich die Einzelvorschriften über Vergütung für Dienstleistungen oder Benutzung von Sachen (§ 346 I Satz 2), über Verzinsung von Geldsummen (§ 347 Satz 3) und über die Gestaltung der Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verschlechterung u. s. w. herauszugebender Sachen, auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und Ersatz von Verwendungen (§ 347 Satz 1 und 2; vgl. dazu § 292, oben S. 345). — Die beiderseitigen, zur Wiederherstellung des früheren Zustandes erforderlichen Verpflichtungen der Parteien müssen natürlich Zug um Zug erfüllt werden, wobei dann gewisse Grundsätze über die Erfüllung gegenseitiger Verträge (§§ 320, 322, oben S. 355 ff.) analoge Anwendung finden (§ 348).

Der Rücktritt, der laut § 349 als einseitige, empfangsbedürftige (aber nicht einer Annahmeerklärung bedürftige) Willenserklärung zu betrachten ist, darf nicht etwa später widerrufen werden.[3])

Bisweilen ist mit der Wiederherstellung des früheren Zustandes auch der Rücktritt ausgeschlossen: zwar nicht, wie nach preußischem und französischem Recht,[4]) wegen zufälligen Unterganges

---

[1]) Mot. II S. 280.

[2]) Denkschrift S. 79.

[3]) Das Rücktrittsrecht (zum Unterschiede von dem aus der Rücktrittserklärung folgenden Wiederherstellungsverbindlichkeiten) ist kein „Anspruch", also (oben S. 293) unverjährbar. Mot. II S. 280. — Vgl. aber andererseits § 355 (unten S. 370).

[4]) ALR. I, 5 §§ 326 ff., 322; I, 11

Digitized by Google

desjenigen Gegenstandes, welchen der Rücktrittsberechtigte empfing (§ 350); wohl aber, wenn der Untergang (und ebenso der Untergang eines erheblichen Teils, sowie eine wesentliche Verschlechterung des Gegenstandes oder die sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe) auf ein Verschulden des Rücktrittsberechtigten selber oder einer Person, für die er verantwortlich ist (§ 278, oben S. 342), zurückgeführt werden kann (§ 351) oder wenn der Berechtigte die Sache durch Spezifikation (§ 950) in eine andere Sache umgewandelt hat (§ 352); auch dann ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn es zwar nicht der Rücktrittsberechtigte selber gewesen ist, der solche Verschlechterungen bezw. Veränderungen vorgenommen hat, wohl aber derjenige Dritte, welcher den Gegenstand bezw. einen erheblichen Teil davon bezw. ein dingliches Recht daran erworben hat, sei es vom Rücktrittsberechtigten (§ 353 I), sei es im Zwangsvollstreckungs-, Arrest- oder Konkursverfahren (§ 353 II).

Verschieden vom Ausschluß des Rücktrittsrechtes in den angedeuteten Fällen einer Unmöglichkeit der Naturalrestitution ist die *Unwirksamkeit des Rücktritts*. Sie tritt in zwei von der I. Lesung noch nicht berücksichtigten Fällen ein, welche beide den Zweck verfolgen, dem Gegner des Rücktrittsberechtigten Schonung angedeihen zu lassen: erstens (nach § 354), wenn der Rücktrittsberechtigte trotz einer ihm vom Gegner gesetzten angemessenen Frist mit Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles in Verzug bleibt, und zweitens (nach § 357), wenn der andere Teil in der angenehmen Lage ist, die zur Voraussetzung des Rücktrittsrechtes erhobene Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch eine ihm zustehende und alsbald auch geltend gemachte Kompensationseinrede zu rechtfertigen. — Unwirksam wird der Rücktritt endlich nach § 359, der aber mehr das Interesse des Rücktrittsberechtigten ins Auge faßt: wenn nämlich laut Vertrag bei Ausübung des Rücktrittsrechts zugleich ein Reugeld (vgl. oben

§§ 188, 198, code civil art. 1647. Anders (im gleichen Sinne wie BGB. § 350) das gemeine Recht und das Sächs. BGB. § 918. Vgl. auch Denkschrift S. 80.

Digitized by Google

S. 364) zu entrichten ist, der Rücktrittsberechtigte dies aber unterläßt (z. B. weil er den Rücktritt telegraphisch erklärt, das Reugeld jedoch erst am nächsten Tage zur Post geben kann),[1]) so ist die Rücktrittserklärung unwirksam, wenn der Gegner sofort protestiert, und sie wird trotz dieses Protestes wieder wirksam, wenn der Rücktrittsberechtigte nunmehr sogleich das Reugeld zahlt.

Wieder etwas anderes als Ausschluß und Unwirksamwerden des Rücktritts ist das Erlöschen des Rücktrittsrechts. Dies wird vom Gesetz (§ 355) vorgesehen, wenn die angemessene Erklärungsfrist verstrichen ist, welche der Gegner dem Rücktrittsberechtigten setzen darf, um sich aus der Ungewißheit zu befreien, in welche ihn der Mangel einer vertragsmäßigen Fristbestimmung bringt.[2])

Bei Vorhandensein mehrerer Gläubiger oder mehrerer Schuldner wirkt das Erlöschen des Rücktrittsrechts zugleich zu Ungunsten aller Rücktrittsberechtigten; auch kann es natürlich nur von allen bezw. gegen alle ausgeübt werden (§ 356).[3])

Wegen der Beweislast gilt (nach § 358) Analoges wie betreffs der Konventionalstrafe (§ 345, oben S. 365 f.).

Die Fälle der lex commissoria und im Zweifel[4]) der Fall des Fixgeschäftes werden, wie bereits (S. 367) bemerkt wurde, den Fällen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts durch §§ 360 und 361 gleichgestellt. § 361 insbesondere denkt an Fixgeschäfte in dem aus dem Handelsrecht[5]) geläufigen Sinne der Leistungspflicht „genau

[1]) Vgl. Kommissionsprot. S. 798.

[2]) Auch soll der Rücktrittsberechtigte nicht etwa auf Kosten des andern Vertragsteils spekulieren dürfen. Ferner bietet § 355 eine Ergänzung zu dem Mangel einer Verjährung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes (vgl. Mot. II S. 284 und Kommissionsprot. S. 276). (Bei Haiblen S. 415 steht die Marginalbemerkung K. P. um 5 Zeilen zu früh.)

[3]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 280 f. — Eine ausdrückliche Bestimmung war erforderlich, um die Anwendbarkeit des BGB. § 420 auszuschließen. Vgl. Mot. II S. 284.

[4]) Dies ist eine Neuerung, welche durch Bundesratsbeschluß eingeführt wurde, der sich wiederum auf die Polemik gegen die Vorschriften des I. und II. Entwurfes zurückführen läßt, welche von Petrazycki in seiner Schrift, Die Lehre vom Einkommen Bd. II (Berlin 1895) S. 528 f., 625 f. brachte. Vgl. Meisner S. 69 Anm. 1.

[5]) Handelsgesetzbuch (ältere Fassung) Art. 357 I.

Digitized by Google

zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist." In dubio berechtigt eine derartige Abrede zum Rücktritt; das Brautkleid oder den Hochzeitsfrack anzunehmen, ist man daher nicht verpflichtet, wenn sie nicht abredegemäß am Tage vor der Hochzeit abgeliefert wurden und wenn die Verlobten sich nun vorsichtshalber fertige Kleidungsstücke kauften. Die Säumigkeit des Leistungspflichtigen gibt dem Gegner aber nur das Recht, nicht die Pflicht zum Rücktritte; er darf also auch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung (nicht dagegen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung) bestehen.[1])

Dritter Abschnitt. Das Erlöschen der Schuldverhältnisse. § 84. Vorbemerkung.

Der in vier Titel zerfallende Dritte Abschnitt („Erlöschen der Schuldverhältnisse", §§ 362—397) erörtert zunächst im ersten Titel und seinen 10 §§ 362—371 die effektive Erfüllung, in den weiteren drei Titeln deren Surrogate: Hinterlegung, Aufrechnung und Erlaß, jedoch auch innerhalb des ersten Titels in §§ 364 f. ein Surrogat der Erfüllung: die sog. datio in solutum. Eine Obligation kann aber ferner erlöschen durch Unmöglichkeit der Erfüllung (§§ 275, 323, oben S. 335 ff. und 357 ff.) und gleich allen, auch nicht obligatorischen Rechten durch Verjährung (§ 194 ff., oben S. 291 ff.), Eintritt der Resolutivbedingung (§ 158 II, oben S. 268) und Eintritt des dies ad quem (§ 163, oben S. 273).[2]) — Die „Novation" als Erlöschungsgrund streift § 364 II, und soweit sie mit einem Wechsel in der Person des Gläubigers bezw. Schuldners verbunden ist, wird sie in den Regeln über die Zession (§§ 398 ff.) und über die Schuldübernahme (§§ 414 ff.) indirekt erwähnt.[3]) Über die ausdrückliche Aufhebung eines Schuldverhältnisses durch Parteiabrede (sog. contrarius consensus) und über die Aufhebung wegen sog. concursus duarum causarum lucrativarum schweigt das BGB. gleichfalls: hier wird eben alles auf den Sachverhalt und den Parteiwillen ankommen;[4]) desgleichen wird der

[1]) Mot. II S. 200.
[2]) Haidlen S. 418 citiert irrig § 159 statt § 158 II.
[3]) Vgl. Mot II S. 78 f.
[4]) Vgl. gleichfalls Mot. II S. 80.

Digitized by Google

selbstverständliche Erlöschungsgrund der Konfusion (Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerrolle in einer Person) mit Stillschweigen übergangen.[1]) Der Tod ist im allgemeinen[2]) als Erlöschungsgrund nicht zu betrachten.

Erster Titel. § 85. Die Erfüllung.

Was die Erfüllung im besondern anlangt, so läßt auch hier das Gesetzbuch einige von älteren Gesetzen[3]) ausdrücklich beantwortete Fragen unerörtert, weil sich ihre Entscheidung schon aus den allgemeinen Grundsätzen ergibt: so die Leistung durch oder an geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen und an einen Dritten, insbesondere an einen Stellvertreter des Gläubigers;[4]) nur das betont das BGB. (§ 362 II), daß die Leistung an den Dritten, wenn sie nicht wegen „Zustimmung" des wahren Gläubigers zufolge BGB. § 182 ff. (oben S. 284) Gültigkeit besitzt, immerhin durch Anwendung des in § 185 (oben S. 287) proklamierten Grundsatzes, also insbesondere auch dadurch Gültigkeit erlangen kann, daß der wahre Gläubiger den Empfänger der Leistung beerbt oder daß der Empfänger später das Gläubigerrecht erwirbt.[5])

Wird die Erfüllung nicht so vorgenommen, wie sie vorgenommen werden sollte, so darf der Gläubiger sie natürlich zurückweisen und entweder auf korrekte Erfüllung klagen oder die Klage des Schuldners auf Abnahme abwarten. Hat er aber die Leistung angenommen und will er sie beanstanden, so hat er die Unvollständigkeit der Erfüllung oder die Leistung eines falschen Objektes darzuthun[6]) (§ 363).

Derjenige Gläubiger, welcher von demselben Schuldner die gleichen Leistungen (namentlich Geld) aus verschiedenen Schuldverhältnissen zu beanspruchen hat, muß dem Schuldner die Bestimmung überlassen, auf welche der Schulden die zur Tilgung aller Schulden

[1]) Vgl. Meisner S. 70 Anm. 1.
[2]) Ausnahmen in §§ 520, 673 Satz 1, 727 I.
[3]) Vgl. z. B. ALR. I, 16 §§ 36, 40 ff.; I, 13 § 105; I, 16 § 30.
[4]) Auch hierzu vgl. Mot. II S. 84.
[5]) Kommissionsprot. S. 334.
[6]) Vgl. oben S. 310.

Digitized by Google

nicht ausreichende Leistung angerechnet werden soll (§ 366 I); ein Widerspruchsrecht wie im ALR.[1]) besitzt der Gläubiger nicht. Eine gesetzliche Aushilfsnorm bei Mangel einer Anordnung des Schuldners bietet § 366 II, der sich dem preußischen Recht,[2]) nicht dem in einzelnen Punkten anders gestalteten gemeinen Recht anschließt, welches insbesondere alsdann dem Gläubiger die Entscheidung einräumt. — Die Regelung des Sonderfalles, welchen § 367 im Auge hat,[3]) ist jedoch zwingender Natur: Der Schuldner darf nicht verlangen, daß das gezahlte Geld auf das schuldige Kapital (statt zuerst auf Kosten und Zinsen)[4]) angerechnet werde, und der Gläubiger darf dieser Zumutung widersprechen.

Die Grundsätze über die Quittung (§§ 368 ff.) und über Rückgabe des Schuldscheins (§ 371) entsprechen im wesentlichen dem älteren Recht,[5]) § 370 und seine Fürsorge für den Schuldner dem Handelsgesetzbuch.[6]) Die Quittung, welche der Schuldner auch bei Teilleistung beanspruchen darf,[7]) ist zufolge BGB. § 126 mit der Namensunterschrift (oder einem beglaubigten Handzeichen) zu versehen; mit einem bloßen Namensstempel braucht sich der Schuldner nicht zu begnügen;[8]) über den sonstigen Inhalt bietet das BGB. (im Gegensatz zum ALR. I, 16 § 87) keine kasuistischen Vorschriften. Auf eine besondere Form (z. B. einer sog. löschungsfähigen Quittung über Tilgung einer Hypothekenschuld) hat der Schuldner nur bei Nachweis besonderen „rechtlichen Interesses" Anspruch (§ 368 Satz 2). — Die Vorschrift über die Kostenlast (§ 369) füllt eine Lücke des älteren preußischen Rechtes aus. — Für die Erwirkung des in § 371 Satz 2 gedachten „Mortifikationsscheines",[9]) dessen Kosten natürlich der Gläubiger tragen muß,[9]) bedarf es für den Gläubiger

[1]) ALR. I, 16 §§ 150 f.
[2]) ALR. I, 16 §§ 156 ff. und dazu Kommissionsprot. S. 336.
[3]) Er greift auch Platz für unfreiwillige Zahlungen, z. B. bei Zwangsvollstreckung und Konkurs. Vgl. Mot. II S. 88 und Reichskonkursordnung § 40 (Reichstagsvorlage Nr. 21).
[4]) Ebenso wie BGB. § 367 I schon ALR. I, 16 §§ 153 f.
[5]) Vgl. insbesondere ALR. I, 16 §§ 125 f.
[6]) Handelsgesetzbuch (ältere Fassung) Art. 296.
[7]) Vgl. Mot. II S. 89.
[8]) Vgl. Meisner S. 75 sub 2.
[9]) Kommissionsprot. S. 341 f.

Digitized by Google

nur der Behauptung, nicht des Beweises, daß er zur Rückgabe des Schuldscheins selber außer Stande sei.

Die datio in solutum als Erfüllungssurrogat (vgl. oben S. 371) hat die Wirkung endgültiger Tilgung des Schuldverhältnisses[1]) (§ 364 I). Es muß aber die substituierte Leistung natürlich angenommen worden sein und in der That „an Erfüllungsstatt" erfolgen, an „Zahlungsstatt", nicht blos „zahlungshalber", behufs schnellerer und leichterer Einziehung der Forderung;[2]) bei Übernahme einer neuen Verbindlichkeit, z. B. Ausstellung eines Wechsels,[3]) wird in dubio nur Übernahme zahlungshalber, nicht Novation vermutet). — Da die alte Schuld gänzlich erlischt, so muß natürlich der Schuldner für die hingegebene Sache oder das hingegebene Recht einstehen, d. h. er muß für die Fehlerlosigkeit der Sache und für die Existenz des Rechtes[4]) Gewähr leisten (§ 365), wie wenn ein Kaufgeschäft vorläge (§§ 434 ff., 459 ff.); dagegen hat das BGB. das vom gemeinen bezw. auch vom preußischen Recht[5]) dem Gläubiger eingeräumte Wahlrecht zwischen Geltendmachung der Eviktionsansprüche und Rückgriff auf die alte Verbindlichkeit nicht aufgenommen.

Zweiter Titel. § 86. Die Hinterlegung.

Von den übrigen Erfüllungssurrogaten (oben S. 371) ist zunächst die Hinterlegung in Titel II §§ 372—386 behandelt, die aber durch EBGB. Art. 144—146 eine wesentliche Ergänzung zu Gunsten des Partikularrechts erfahren. Titel II betrifft jedoch nur die Hinterlegung, welche ein Schuldner behufs Befreiung von seiner Verbindlichkeit vornimmt, nicht etwa auch andere Fälle der Hinterlegung, z. B. nach Prozeßrecht oder zwecks Sicherheitsleistung (§§ 232 ff., oben S. 305 ff.). Als Gründe für die Befugnis

[1]) Einschließlich der accessorischen Rechte wie Pfand und Bürgschaft. Vgl. Mot. II S. 82.

[2]) Meisner S. 73 Anm. 2.

[3]) Meisner a. a. O., Fischer-Henle S. 159, Endemann S. 637.

[4]) Für die Güte der an Erfüllungsstatt gegebenen Forderung gegen einen Dritten haftet der Schuldner nur im Falle des BGB. § 438; vgl. Mot. II S. 83.

[5]) ALR. I, 16 § 243, aber nur insofern die Sache binnen Jahresfrist von einem Dritten evinziert wird.

Digitized by Google

des Schuldners zur Hinterlegung bleiben daher in Betracht namentlich Annahmeverzug des Gläubigers (§ 372 Satz 1), aber z. B. auch (§ 372 Satz 2) dessen Abwesenheit oder die Unkenntnis über die Personen der Erben des inzwischen verstorbenen Gläubigers oder die Ungewißheit, ob die sich als Erbe des Gläubigers meldende Person wirklich und allein legitimiert sei.[1])

Zur Hinterlegung sind nun aber nicht alle Gegenstände geeignet; das BGB. läßt daher auch nur Geld, Kostbarkeiten, Wertpapiere aller Art und sonstige Urkunden zu, gestattet dagegen nach EBGB. Art. 146 auch die Hinterlegung anderer Sachen, wenn dies im Landesrecht vorgesehen ist, — eine für Preußen[2]) gegenstandslose Klausel. Von einem unbeweglichen Leistungsgegenstande (aber nur von einem solchen)[3]) kann sich der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers durch Preisgabe befreien (§ 303, oben S. 348). Von den zur Hinterlegung ungeeigneten Sachen (z. B. einem Tier, einem Blumenstrauß, einem Schrank) kann sich der Schuldner nur mittels des Selbsthilfeverkaufes (§ 383) befreien.

Welche Behörde als Hinterlegungsstelle zu dienen hat, bestimmt gleichfalls (nach EBGB. Art. 144) das Landesrecht; dabei denkt aber das BGB. (§ 372 Satz 1) nur an „öffentliche Stellen", so daß die Hinterlegung bei einer Privatperson unstatthaft ist. Statthaft ist[4]) die Hinterlegung nicht nur bei der Hinterlegungsstelle des (vielleicht ungewissen) Leistungsortes,[5]) sondern auch bei einer anderen Hinterlegungsstelle, natürlich aber unter Schadloshaltung des Gläubigers (§ 374 I).

---

[1]) Bei Prüfung dieser Fragen muß der Schuldner Fahrlässigkeit vermeiden, d. h. er muß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden (§ 372 Satz 2, § 276 I Satz 2). Entsteht später über die Berechtigung der Hinterlegung ein Prozeß, so ist der Schuldner beweispflichtig (vgl. Mot. II S. 96).

[2]) Vgl. ALR. I, 16 § 213, Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 § 1. Unbewegliche und zur Hinterlegung ungeeignete Sachen können zu gerichtlicher Aufsicht und Verwahrung gegeben werden (ALR. I, 16 § 234; I, 14 §§ 98 ff., Hinterlegungsordnung § 87 f.).

[3]) Vgl. auch Mot. II S. 95.

[4]) Sofern nicht nach EBGB. Art. 149 das Landesrecht anderes bestimmt.

[5]) Wie nach ALR. I, 16 § 214.

Digitized by Google

Die Hinterlegung bewirkt die Befugnis des Gläubigers zur Abholung des ihm geschuldeten Gegenstandes; doch darf der Schuldner diese Befugnis von der Gegenleistung Zug um Zug abhängig machen (§ 373).[1]) Der Effekt der Hinterlegung wird, wenn sie durch Vermittlung der Post erfolgte,[2]) auf den Zeitpunkt der Aufgabe zur Post zurückdatiert (§ 375); der Schuldner muß im allgemeinen bei Schadensersatzpflicht den Gläubiger von der erfolgten Hinterlegung in Kenntnis setzen[3]) (§ 374 II) und ihm eventuell eine Legitimation ausstellen (§ 380).[4]) — Die Kosten der Hinterlegung muß der Gläubiger tragen, der Schuldner nur dann, wenn er die hinterlegte Sache wieder zurücknimmt (§ 381).

Zu dieser Rücknahme des Hinterlegten ist der Schuldner nämlich nicht blos (wie nach preußischem Recht)[5]) bei ausdrücklichem Vorbehalt, sondern der Regel nach befugt (§ 376 I), weil[6]) ja einstweilen die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Hinterlegungsaktes noch unentschieden ist und der Schuldner daher nicht an einer Änderung seiner Dispositionen gehindert werden soll. Macht er von dem Rücknahmerecht Gebrauch, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt (§ 379 III); macht er keinen Gebrauch davon, so darf er den Gläubiger auf das hinterlegte Objekt verweisen (§ 379 I). — Im Interesse des Gläubigers aber ist die Ausübung des Rücknahmerechts durch einen Pfändungspfandgläubiger und ebenso während des Konkurses durch den Konkursverwalter oder durch den Schuldner selber untersagt (§ 377), der Gegenstand also dem Zugriffe anderer Gläubiger entzogen.

Nur dann ist die Rücknahme des Hinterlegten für den depo-

---

[1]) Die Bestimmung des BGB. § 373 stammt erst aus der II. Lesung. Vgl. Kommissionsprot. S. 346 f.

[2]) Auch diese Bestimmung fehlte noch in der I. Lesung. Vgl. Kommissionsprot. S. 348 f. und auch Preuß. Hinterlegungsordnung § 19 IV.

[3]) Nunmehr beginnt die 30jährige Frist, an welche nach dem erst in der II. Lesung hinzugefügten § 382 das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag geknüpft ist. Vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 439 und auch EBGB. Art. 145 I Satz 2.

[4]) Vgl. das zu Anm. 1 und 2 Bemerkte.

[5]) Preuß. Hinterlegungsordnung § 19 VI.

[6]) Mot. II S. 98.

Digitized by Google

nierenden Schuldner ausgeschlossen (§ 376 II), wenn er darauf durch Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle verzichtete[1]) — etwa um somit seinerseits vom Gläubiger beanspruchen zu dürfen, daß dieser eine Sicherheit aufgebe oder in die Löschung einer Hypothek willige[2]) — und ferner, wenn entweder der Gläubiger durch eine Annahmeerklärung bei der Hinterlegungsstelle oder das Gericht durch rechtskräftiges Urteil die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung anerkannt hat. Nur in solchen Fällen bewirkt darum die Hinterlegung eine endgültige Befreiung des Schuldners (§ 378), nicht aber (vgl. § 379 I), wie nach preußischem Recht[3]) und nach der ersten Lesung,[4]) in jedem Falle. Doch hat die Hinterlegung, selbst wenn das Rücknahmerecht des Schuldners nicht ausgeschlossen ist, für diesen immerhin den Vorteil, daß er von der Gefahr, von der Verzinsungspflicht und vom Ersatze der fructus percipiendi befreit ist (§ 379 II), wie bei Annahmeverzug des Gläubigers (oben S. 323).[5])[6])

Bei den zur Hinterlegung ungeeigneten Mobilien[7]) darf der Schuldner, wie bereits (S. 375) bemerkt, zu dem Mittel des Selbsthilfeverkaufes und nachfolgender Hinterlegung des Erlöses greifen (§§ 383—386). Dieses Mittel entspricht im wesentlichen dem Vorbilde des Handelsgesetzbuchs (Art. 343). Als Vorbedingung genügt der Annahmeverzug des Gläubigers ohne weiteres (§ 383 I Satz 1, § 372 Satz 1), einer der anderen Hinterlegungsgründe (§ 372 Satz 2) nur in Verbindung mit der Besorgnis eines

[1]) Trotz dieses Verzichtes darf er die Sache später zurücknehmen, wenn die Hinterlegung unrechtmäßig (ohne zureichenden Grund, oben S. 374/5) erfolgt war. Mot. II S. 100.

[2]) Vgl. Meisner S. 79 sub 2a.

[3]) ALR. I, 16 § 213.

[4]) Erster Entwurf § 272 II.

[5]) Vgl. Kommissionsprot. S. 703.

[6]) Der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der Sache durch die Hinterlegungsstelle verwandelt sich übrigens in einen Anspruch auf Auszahlung des entsprechenden Betrages, wenn nach Landesrecht die hinterlegte Sache ins Eigentum des Fiskus bezw. der Hinterlegungsstelle übergeht (EBGB. Art. 145 Satz 1). Nach der Preuß. Hinterlegungsordnung §§ 7 f. ist dies nur der Fall bei Hinterlegung von Geld.

[7]) Wegen der Grundstücke vgl. BGB. § 303 (oben S. 348 und S. 375).

Digitized by Google

Verderbs der Sache oder mit unverhältnismäßigem Kostenaufwande (§ 383 I Satz 2). — Die Gefahr des Verderbs und ferner jede sonstige mit dem Aufschube verbundene Gefahr (z. B. des Preissturzes) dispensiert den Schuldner zugleich von der Pflicht, dem Gläubiger die Versteigerung anzudrohen[1]) (§ 384 I); diese Pflicht kommt aber auch gleich der weiteren (für den Fall der Unterlassung mit Schadenshaftung bedrohten) Pflicht zu unverzüglicher Benachrichtigung des Gläubigers von der anberaumten Versteigerung (§ 384 II) in Fortfall, wenn ihre Erfüllung unthunlich wäre (§ 384 III). — Die Versteigerung selber soll im allgemeinen am Leistungsort erfolgen (§ 383 I Satz 1, II), und zwar als „öffentliche Versteigerung",[2]) freilich ohne gerichtliche Mitwirkung, aber unter vorgängiger öffentlicher Bekanntmachung durch eine dazu für den betreffenden Bezirk ermächtigte Persönlichkeit (§ 383 III); freihändiger Verkauf (zum Börsen- oder Marktpreis und auch durch einen Handelsmakler) bildet die Ausnahme (§ 385).

Auch die Kosten sowohl der Versteigerung fallen, wie die der Hinterlegung (oben S. 376), im allgemeinen dem Gläubiger zur Last (§ 386).

Dritter Titel. § 87. Die Aufrechnung.

Der Tilgungsgrund der Aufrechnung[3]) (Titel III §§ 387 bis 396)[4]) ist im wesentlichen ebenso behandelt wie nach bisherigem Recht. Er setzt (§ 387) gegenüberstehende Forderungen inter

[1]) Unterblieb die Androhung, obgleich sie thunlich war, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung des Versteigerungserlöses nicht befreit (Mot. II S. 103).

[2]) Dadurch, daß § 383 III den Begriff der „öffentlichen Versteigerung" mittels Klammern definiert, wird (vgl. oben S. 92) angedeutet, daß die hier angegebenen Modalitäten auch überall da zur Anwendung gelangen sollen, wo das Gesetz sonst noch von „öffentlicher Versteigerung" spricht (so in §§ 1235 ff. im Gegensatz zu § 156).

[3]) Vgl. hierzu Kohler in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 24 (1898) S. 1—49 und auch Rausnitz in der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. III (1898) Nr. 4 S. 78 f. — Nicht zu verwechseln mit der Aufrechnung ist die Anrechnung gewisser Vorteile auf gewisse Ansprüche; vgl. zu BGB. §§ 615 Satz 2, 617 I Satz 3, 649 Satz 2 oben Einleitung S. 68.

[4]) Diese Paragraphen behandeln nur die gesetzliche, nicht die vertragsmäßige Kompensation.

Digitized by Google

easdem partes[1]) voraus, und ferner Gleichartigkeit der Leistungsgegenstände: Geld gegen Geld[2]) oder vertretbare Sachen (vgl. oben S. 181 ff.) gegen einander, nicht aber Speziessachen. Fälligkeit der Forderungen ist nur betreffs der Forderung des Aufrechnenden selber notwendig, nicht unbedingt für seine Verbindlichkeit, insofern nämlich eine beigefügte Zeitbestimmung nach § 271 II (oben S. 334) ihm in dubio die Berechtigung zu sofortiger Erfüllung gibt und diese Berechtigung wiederum nach § 387 a. E. zur Ausübung der Kompensationsbefugnis genügt.

Die Liquidität der zur Kompensation gestellten Gegenforderung, welche nach preußischem Rechte[3]) jedesfalls (nach gemeinem Rechte ist dies kontrovers) nicht als materielles, sondern als prozessualisches Requisit zu charakterisieren und daher doch wohl durch CPO. § 136 (Trennungsrecht des Gerichts) beseitigt worden ist, wird vom BGB. nicht erwähnt; ebensowenig[4]) die (zur Ermöglichung des Zurückbehaltungsrechtes und für den Anspruch auf Leistung Zug um Zug hochwichtige, oben S. 334 und S. 355) Konnexität, über welche allerdings die Novelle zur CPO. eingehende Vorschriften enthalten wird.[5])

Die Kompensabilität wirkt nicht etwa ipso jure, es bedarf vielmehr einer Kompensationserklärung, welche zwar außergerichtlich[6]) und formlos erfolgen darf, aber bedingungs- und fristlos sein muß (§ 388).[7]) Der Effekt dieser einseitigen Erklärung

[1]) Ein Dritter darf, selbst wenn er wirksam für den Schuldner erfüllen kann, nicht eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung zur Kompensation benützen. Kommissionsprot. S. 362.

[2]) Selbst wenn die eine Forderung sich erst nachträglich in einen Geldanspruch auf Schadenersatz verwandelt hat. Vgl. Mot. II S. 105 unter Bezugnahme auf Entsch. des ROHG. Bd. VII (1873) Nr. 20 S. 82 ff.

[3]) ALR. I, 16 §§ 359 ff.

[4]) Wegen § 394 Satz 2 vgl. unten S. 380 Anm. 9. — Das ALR. (I, 16 § 346) beansprucht auch nicht, daß beide Ansprüche auf demselben Rechtsgrunde beruhen.

[5]) Vgl. Reichstagsvorlage Nr. 29, 77, 80 und 99 (CPO. §§ 136 II, 274, 293 II und 491 III). Vgl. auch die Konkursordnung §§ 46—49, 185.

[6]) Die im Prozeß abgegebene Kompensationserklärung ist zur Unterbrechung der Verjährung geeignet. § 209 Nr. 3, § 215 I, oben S. 300 f.

[7]) Doch darf, wer die Aufrechnung im Prozesse geltend machen will, dies auch eventuell thun (für den Fall, daß der Anspruch des Gegners

Digitized by Google

geht dahin, daß beide Forderungen erlöschen und daß diese Wirkung auf den Augenblick ihres Gegenübertretens zurückbezogen wird (§ 389), nach welchem sich darum auch die Fragen des Verzuges, des Verfalls einer Konventionalstrafe und die Zinspflicht richten.[1]) Die Forderungen erlöschen „soweit sie sich decken"; mithin kann der Schuldner, dem zwar Teilleistung nicht gestattet ist (§ 266, oben S. 331), einen Teil seiner Schuld zur Aufrechnung benutzen.[2])

Doch sind nicht alle Ansprüche als Grundlage der Kompensation geeignet.[3]) Außer wegen Mangels der bereits erwähnten Voraussetzungen (der Gleichartigkeit bezw. auch der Fälligkeit) ist die Kompensation mit allen Forderungen untersagt, denen eine Einrede entgegensteht (§ 390; wegen der Ausnahme für die verjährten Forderungen oben S. 301),[4]) die also nicht gleichwertig der andern Forderung gegenüberstehen.[5]) Ihrerseits keiner Kompensation ausgesetzt, also mit einem privilegium favorabile ausgestattet, sind Ansprüche aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen (§ 393); ferner, mit Rücksicht auf sozialpolitische Erwägungen, unpfändbare Forderungen (§ 394)[6]) — wie z. B. die nach der Civilprozeßordnung[7]) und nach den Arbeiterversicherungsgesetzen[8]) der Pfändung entzogenen[9]) — und Forderungen gegen eine andere

---

nicht ohnedies abgewiesen werde). Vgl. Mot. II S. 108. — Der Ehemann kann statt der Ehefrau und ohne deren Einwilligung die Kompensationserklärung abgeben (§ 1376 Nr. 2).

[1]) Vgl. Mot. II S. 109.

[2]) Vgl. ebenso ALR. I, 16 § 301.

[3]) Nicht wird vom BGB. die Kompensabilität prinzipiell versagt bei Hinterlegungsvertrag, Leihe, Mandat und Alimentationspflicht (wie im gemeinen Recht — vgl. Windscheid § 350 S. 303 — und nach ALR. I, 16 §§ 363 ff., Sächs. BGB. §§ 994 ff.). Vgl. aber Mot. II S. 105, 113 darüber, daß diese Fälle zumeist unter BGB. § 393 gehören werden.

[4]) Dazu vgl. dann noch besonders BGB. § 479 Satz 1 und § 490 III Satz 2.

[5]) Vgl. Mot. II S. 106. Daselbst auch wegen der Naturalobligationen (vgl. oben S. 317), welche nicht zur Aufrechnung geeignet sind.

[6]) Vgl. dazu EBGB. Art. 81.

[7]) Vgl. Civilprozeßordnung § 749 (§§ 749a und b) und dazu Fürst in Gruchots Beiträgen Bd. 40 (1896) S. 322 ff.

[8]) Vgl. dazu die oben S. 252 Anm. 5 citierten Gesetzesstellen und Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts § 171 S. 975 sub d.

[9]) Die Ausnahmen des § 394 Satz 2 beruhen (ebenso wie Krankenversicherungsgesetz § 56 II, Weyl a. a. O. S. 163 Anm. 5) auf der Erwägung, daß hier eine so erhebliche

Digitized by Google

fiskalische oder (was eine Neuerung ist) kommunale Station (§ 395).[1]) Nach Einzelnormen des BGB. ist z. B. untersagt: die Aufrechnung einer dem Gesellschaftsschuldner gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung auf einen Anspruch der Gesellschaft (§ 719 II); die Aufrechnung einer nicht gegen das Gesamtgut der gütergemeinschaftlichen Ehegatten gerichteten Forderung auf einen Anspruch des Gesamtguts (§ 1442 II);[2]) die Aufrechnung der Forderung gegen einen der Miterben auf eine Nachlaßforderung (§ 2040 II); seitens des Schuldübernehmers die Aufrechnung einer Forderung des bisherigen Schuldners auf einen Anspruch des Gläubigers (§ 417 I Satz 2); dagegen ist im allgemeinen die Aufrechnung einer Forderung des debitor cessus gegen den Cedenten auf einen Anspruch des Cessionars gestattet (§ 406).

Ausdrücklich zugelassen ist die Aufrechnung behufs Befriedigung des Hypothengläubigers und des Mobiliarpfandgläubigers durch den Grundstückseigentümer (§ 1142 II) bezw. durch den Verpfänder (§ 1224).

Ausgeschlossen ist ferner (§ 392) die Aufrechnung mit einer beschlagnahmten Forderung, wenn die Gegenforderung des Schuldners erst nach der Beschlagnahme und nach der beschlagnahmten Forderung selber fällig wurde oder wenn er sie erst nach der Beschlagnahme erwarb; durch diese Maßregel wird sowohl dem wohlerworbenen älteren Kompensationsanspruche des Drittschuldners[3]) wie dem neuerworbenen Anspruche des Pfändungspfandgläubigers Rechnung getragen.[4])

Dagegen steht die Verschiedenheit des Leistungs- und Ablieferungsortes der Kompensation nicht entgegen; nur muß[5]) dem andern Teile das möglichenfalls über die Transportkosten hinaus-

---

Konnexität der Ansprüche vorliegt, daß die Kompensation billigenswert erscheinen muß.

[1]) Vgl. dazu ALR. II, 16 §§ 368 f.

[2]) Vgl. ferner § 1125 und EBGB. Art. 81 a. E.

[3]) An sich würde der Drittschuldner zugleich mit der Zustellung des Erfüllungsverbotes (CPO. § 730) auch die Aufrechnungsbefugnis verlieren.

[4]) Mot. II S. 111 f. und Kommissionsprot. S. 373 f.

[5]) Vgl. ALR. I, 16 § 350 und Mot. II S. 111.

Digitized by Google

gehende Interesse ersetzt werden, welches er daran hat (der Schaden, welcher ihm dadurch erwächst), daß er nicht an dem bestimmten Orte die Leistung empfängt oder zu bewirken vermag (§ 391 I). — Kommt zu dem andern Leistungsorte freilich noch eine bestimmte Erfüllungszeit hinzu, so wird der Anspruch des Gläubigers hierdurch so verschieden von der ihm obliegenden Gegenleistung, daß die Präsumption für den Ausschluß der Aufrechnung spricht (§ 391 II).

Die Methode der Aufrechnung bei Vorhandensein mehrerer Forderungen auf der einen oder der anderen Seite (§ 396 I) ententspricht im wesentlichen den Grundsätzen über die Anrechnung einer Erfüllung auf mehrere Ansprüche des Gläubigers (§ 366, oben S. 373); das Gleiche ist der Fall (§ 396 II), wenn der Aufrechnende auch Kosten und Zinsen zu zahlen hat (vgl. § 367, oben S. 373).

Sonderwirkungen der Aufrechnungsbefugnis finden sich in § 357 (oben S. 369), §§ 554 II und 770 II).[1])

Vierter Titel. § 88. Der Erlaßvertrag.

Ein Schuldtilgungsgrund ist endlich der Erlaßvertrag, welcher in der lex unica des vierten Titels, BGB. § 397 I, Erwähnung findet. Gleich dem in § 397 II erwähnten sog. negativen Schuldanerkenntnisvertrage (dessen Gegensatz der positive, übrigens formpflichtige Schuldanerkenntnisvertrag des § 781 bildet) ist er formfrei und von Angabe des Rechtsgrundes unabhängig,[2]) also ein „abstraktes" Rechtsgeschäft.[3])[4])

[1]) Vgl. wegen der Aufrechnung auch § 1977 I und II, ferner §§ 479, 490 III Satz 2, 1376 Ziff. 2. — Wegen der „Anrechnung" in §§ 615 Satz 2, 617 I Satz 3, 649 Satz 2 vgl. oben S. 378 Anm. 3.

[2]) Möglichenfalls aber kann die obligatorische causa (z. B. der Schenkungsvertrag) oder die Substituierung einer anderen Forderung der Anfechtung unterliegen.

[3]) Ueber die abstrakten Rechtsgeschäfte im BGB. vgl. Oertmann in der Allg. Oesterr. Gerichts-Zeitung Jahrg. 48 Nr. 32 (1897) S. 249 ff. (und auch Hartmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 85 (1896) S. 1 ff., sowie Endemann S. 872 ff.

[4]) Erfolgt der Erlaß ohne Rechtsgrund, so kann er zufolge § 812 II unter dem Gesichtspunkte einer ungerechtfertigten Bereicherung wieder aufgehoben werden. Vgl. auch Endemann S. 664.

Digitized by Google

Ein „Abstraktes" Rechtsgeschäft ist aber auch die im vierten Abschnitte (§§ 398—411) dargestellte Cession, d. h. die vertragsmäßige „Abtretung" einer Forderung (§ 398 Satz 1) und demzufolge auch[1]) die ihr gleich zu behandelnde Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes (§ 412), sowie die ihr im allgemeinen ebenfalls gleich zu behandelnde Übertragung anderer Rechte (§ 413),[2]) z. B. des Anspruchs auf Herausgabe einer Sache (vgl. §§ 870, 931).

Als abstraktes Rechtsgeschäft ist daher auch die Cession gleich dem Erlaßvertrage (oben S. 382), von der materiellen causa unabhängig (ein „dingliches" Rechtsgeschäft),[3]) also insbesondere auch nicht als bloße Erfüllung eines vorangehenden pactum de cedendo zu betrachten.[4]) Wie der Erlaß und im Gegensatze zum pactum de cedendo des älteren Rechts[5]) ist die Cession ganz formlos, soweit nicht das BGB. Ausnahmen vorsieht, wie z. B. in § 1154 betreffs der Hypothenforderung (nicht aber, vgl. § 1159, wegen der Zinsrückstände und anderen Nebenleistungen)[6]) und ferner in § 792 I Satz 2 wegen der Übertragung einer Anweisung.

Die Cession, welche die Wirkung einer Sondernachfolge in das Gläubigerrecht besitzt (§ 398 Satz 2), wird durch den Vertragsschluß allein perfekt. Der Benachrichtigung (Denunziation) des debitor cessus bedarf es nicht mehr;[7]) soweit das BGB. (§ 406 ff.)[8]) ihrer mittelbar gedenkt, verfolgt sie den ganz anderen Zweck, den Schuldner seiner bona fides zu berauben und ihm die Befugnis zur Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger oder zu sonstigen

[1]) Uebertragung kraft richterlicher Anordnung liegt im Falle der CPO. § 736 I und II vor. Vgl. auch Endemann S. 675.

[2]) Analoge Anwendung der §§ 398 ff. wird ferner geboten in §§ 792 III Satz 2, 1069 I, 1070 I, 1274 f.

[3]) Mot. II S. 120.

[4]) Vgl. Meisner S. 91 sub 2.

[5]) Vgl. ALR. I, 5 § 131 und I, 11 § 394.

[6]) Auch die schenkungsweise erfolgte Cession einer Forderung ist formlos nach § 518 II; vgl. Meisner S. 92.

[7]) Anders ALR. I, 11 §§ 413 ff. Anders auch bisweilen das BGB. nach gesetzlicher Spezialvorschrift, z. B. in §§ 1280, 2035 II.

[8]) Die §§ 406 ff. werden ausdrücklich für anwendbar erklärt in §§ 720, 1158, 1473 II, 1524 II, 2019 II, 2111 I Satz 2, dagegen ausdrücklich ausgeschlossen in § 1156 Satz 1.

Digitized by Google

Rechtsgeschäften mit ihm,[1]) insbesondere (§ 406) zur Aufrechnung zu nehmen (§ 407 I), sowie den Cedenten selber an weiteren Dispositionen über die Forderung zu verhindern (§ 408 I).[2]) Doch genügt es zu diesem Zwecke auch, daß der Schuldner auf irgend eine andere Weise von der Cession nachweisbar Kenntnis besitzt,[3]) und wenn dies der Fall war im Augenblicke der Rechtshängigkeit eines von dem alten Gläubiger[4]) angestrengten Prozesses, so ist der neue Gläubiger nicht genötigt, das Urteil[5]) gegen sich gelten zu lassen (§ 407 II; vgl. 408 I).

Die Denunziation ist sogar ein zweischneidiges Schwert, das sich zufolge § 409 auch gegen den Gläubiger selber richten kann, der vielleicht eine bloße Scheincession beabsichtigt hatte, möglichenfalls gar im Einverständnisse mit dem debitor cessus.

Den Schutz des debitor cessus bezweckt auch § 404, der dem Schuldner die sämtlichen gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen erhält; ferner die uns schon (vgl. oben S. 139) bekannte Sondervorschrift des § 411, welche auf dem älteren Reichsmilitär- und Beamtenrecht basiert; endlich § 410, welcher den Schuldner, wenn er die Leistung an den Cessionar vornehmen will, zu dem Anspruche auf Abtretung der vorhandenen Cessionsurkunde berechtigt und ihm entgegen einer Kündigung oder Mahnung, welche ohne Legitimation des neuen Gläubigers durch Vorlegung einer derartigen Urkunde erfolgt, ein Zurückweisungsrecht zuspricht (es sei denn, daß er schon vorher eine schriftliche Anzeige von der Cession durch den Cedenten oder durch den Cessionar

---

[1]) Die Mot. II S. 133 nennen sehr treffend: Mahnung, Kündigung, Kompensationserklärung des alten Gläubigers, ferner aber auch, als analog zu behandeln, Inverzugsetzen des alten Gläubigers durch den Schuldner.

[2]) Dem ist durch § 408 II der Fall gleichgestellt, daß die cedierte Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder daß der Cedent gegenüber dem Dritten die stattgehabte cessio legis anerkennt.

[3]) Wegen Einwirkung dieser Kenntnis auf die Kompensationsfrage vgl. § 406 und oben S. 381.

[4]) Bezw. (Mot. II S. 133) von dem debitor cessus selber im Falle der negativen Feststellungsklage.

[5]) Man denke insbesondere auch mit den Mot. II S. 133 an ein Versäumnisurteil.

Digitized by Google

erhalten hatte und nun ein Dokument besitzt, auf das er sich wegen seiner bona fides berufen kann).[1])

Die Sicherung des neuen Gläubigers wiederum erfordert, daß ihm auf seinen Wunsch und seine Kosten eine der Unterschrift nach öffentlich[2]) beglaubigte Cessionsurkunde ausgestellt[3]) (§ 403), aber auch sonst das nötige Material zu seiner Legitimation und Orientierung geliefert wird (§ 402). Gegenüber unlauteren Machinationen, sowie gegenüber einem pactum de non cedendo zwischen Cedenten und debitor cessus ist der Cessionar, dem diese Umstände nicht bekannt sind oder sein mußten, seit der zweiten Lesung nach Maßgabe des § 405 dann geschützt, wenn eine verbriefte Forderung unter Vorlegung der Schuldurkunde abgetreten wurde;[4]) war die Forderung blos mündlich begründet, so wird der Cessionar sich eventuell auf § 117 I oder § 123 (oben S. 226 und S. 232 f.) stützen können.[5])

Die Forderung geht auf den neuen Gläubiger nach § 401 cum omni sua causa (Hypotheken, Pfandrechte, Bürgschaft u. dergl.)[6]) und mit etwaigen Vorzugsrechten bei Konkurs bezw. Zwangsvollstreckung (privilegia exigendi)[7]) über; ob auch Früchte, Zinsen und Konventionalstrafen auf den Cessionar übergehen, wird quaestio facti sein.[8]) — Nach dem Kausalgeschäfte und nach den allgemeineren Rechtsregeln entscheidet sich die Frage, ob der Cedent für Verität und Bonität der Forderung einzustehen hat.

---

[1]) Wegen der Prozeßkosten vgl. Novelle zur CPO. § 89a, Reichstagsvorlage Nr. 22.

[2]) Nicht notwendig ist gerichtliche oder notarielle Beglaubigung.

[3]) Ebenso bei gesetzlicher Uebertragung der Forderung (§ 412), während bei gerichtlicher Anordnung diese als Legitimation dient (Mot. II S. 128).

[4]) Die Kommissionsprotokolle S. 300 machen betreffs des legislatorischen Grundes auf die Parallele mit BGB. §§ 171 f. (oben S. 279) und § 409 (oben S. 384) aufmerksam.

[5]) Kommissionsprot. a. a. O.

[6]) Ebenso im bisherigen Recht, z. B. ALR. I, 16 §§ 47 f. und zu § 401 Abs. II: ALR. I, 11 §§ 403 ff., Dernburg, Pandekten II § 51 S. 143. — Höchstpersönliche Begünstigungen gehen natürlich nicht über. Vgl. auch Endemann S. 677.

[7]) Vgl. Planck S. 185 Anm. 2.

[8]) Mot. II S. 125.

Digitized by Google

Gewisse Ansprüche sind jedoch nicht abtretbar.[1]) Zunächst die (auch der Kompensation nicht ausgesetzten, oben S. 380) unpfändbaren Forderungen (§ 400), ferner nach Einzelvorschriften des BGB. z. B. das Vorkaufsrecht (§ 514 Satz 1), der Anspruch auf Dienstleistung (§ 613 Satz 2), der Anspruch auf Geldentschädigung aus § 847 I Satz 2 (vgl. oben S. 63).[2]) Vgl. auch EBGB. Art. 81.

Besondere Vorschriften über die (vertragsmäßige) Abtretung bietet das Gesetz insbesondere betreffs der Hypotheken- und Mobiliarpfandforderung (§§ 1153 ff., 1250 f.), aber auch sonst noch vielfach, z. B. in §§ 429 III, 440 IV, 448 II, 1124 I Satz 2.

Bisweilen kennt das Gesetz eine Pflicht zur Abtretung einer Forderung, so[3]) in § 82 Satz 1, § 1282 I Satz 3; noch häufiger läßt es eine Forderung kraft Gesetzes übergehen (wie § 412 auch andeutet). In dieser Richtung sind uns bereits § 82 Satz 2 (oben S. 171) und § 268 III Satz 1[4]) (oben S. 332) bekannt. Andere Fälle ergeben sich aus §§ 426 II Satz 1, 572 Satz 1, 774 I Satz 1, 1143 I Satz 1, 1164 I,[5]) 1225 Satz 1,[6]) 1438 II,[7]) 1607 II Satz 2, 1709 II Satz 1.

Fünfter Abschnitt. § 90. Die Schuldübernahme.

Ein Gegenstück zur Abtretung ist die im Abschnitt V (§§ 414 bis 419) erörterte Schuldübernahme (Expromission).[8]) Zwar auch sie tilgt nicht die Obligation, sondern führt nur eine Veränderung in der Besetzung der Parteirollen herbei, aber bei ihr erfolgt die Veränderung nicht in der Rolle des Gläubigers, sondern in der des Schuldners (§ 414).

[1]) Und dann auch nicht geeignet zur Bestellung eines Nießbrauchs § 1069 II.

[2]) Vgl. auch §§ 38 Satz 1, 664 II, 717 (daselbst Satz 2 Ausnahmen), 1059 Satz 1, 1092 Satz 1, 1300 II (Ausnahmen bei vertragsmäßiger Anerkennung und von der Rechtshängigkeit ab), 1408, 1427 II Satz 3, 1585 I Satz 2, 1623 Satz 1. Das Verbot der Cession an eine persona potentior (vgl. auch Endemann S. 671 Anm. 5 unten) ist fortab antiquiert.

[3]) Vgl. ferner §§ 255, 281 I (oben S. 328 und S. 337 f. u. 358).

[4]) Hierzu ferner § 1249 Satz 2.

[5]) Hierzu insbes. auch 1170 II, 1173 II, 1174 I und II, 1182 Satz 1.

[6]) Hierzu insbes. § 1251 II Satz 3.

[7]) Dazu weiter §§ 1519 II, 1549.

[8]) Vgl. Tränkner im Sächs. Archiv VII (1897) S. 593—605.

Digitized by Google

Eine derartige Sondernachfolge auf der Passivseite ohne förmliche Novation (oben S. 371) war freilich dem römischen Recht noch fremd und auch dem ALR.[1]) noch nicht in dem vom BGB. festgestellten, durch die Bedürfnisse des modernen Verkehrs gerechtfertigten[2]) Maße geläufig.

Der gleich der Abtretung formlose und abstrakte[3]) Vertrag kann nun sowohl mit dem Gläubiger geschlossen werden (§ 414), wie mit dem Schuldner (§ 415).[4]) In jenem Falle wirkt er ohne weiteres und ohne daß es einer Zustimmung des bisherigen Schuldners bedarf, in diesem Falle wirkt der Vertrag natürlich nur, wenn der Gläubiger sich auf ihn durch förmliche Genehmigung[5]) einläßt (§ 415 I Satz 1); ohne diese Genehmigung hat der Vertrag nur obligatorische Bedeutung zwischen dem alten Schuldner und dem Übernehmer, und zwar dahin (§ 415 III), daß dieser den Gläubiger rechtzeitig befriedigen und im Zweifel dafür sorgen muß, daß der Gläubiger den alten Schuldner nicht in Anspruch nimmt.[6]) — Betreffs der Entscheidung über seine Genehmigung können die beiden Schuldner auf den Gläubiger den in § 415 I und II näher angegebenen Druck (aber abgesehen von dem Sonderfalle des § 416 I Satz 2 keinen positiven Zwang) ausüben.

Das der Schuldübernahme zu Grunde liegende Rechtsgeschäft kann dem Gläubiger gleichgültig bleiben, verpflichtet ihn also nicht, sich etwaige daraus entspringende Einwendungen (z. B. die exceptio non numeratae pecuniae) gefallen zu lassen (§ 417 II), wogegen er sich freilich (§ 417 I) Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnisse zum bisherigen Schuldner[7]) auch seitens des neuen Schuldners

---

[1]) ALR. I, 14 §§ 399 ff. Der code civil Art. 1271, 1274 ff. und das Sächs. BGB. §§ 1003, 1005 kennen einen Wechsel des Schuldners nur, wie das römische Recht, mittels Novation.

[2]) Mot. II S. 142.

[3]) Planck S. 204/205.

[4]) Cosack S. 374 ff. nennt jenen Fall mit dem Gesetze „Schuldübernahme" im besondern, diesen Fall „Schuldbefreiungsvertrag".

[5]) Für diese Genehmigung vgl. BGB. §§ 182 ff., oben S. 285 f.

[6]) Vgl. Meisner S. 99 Anm. zu § 415, Planck S. 202 Anm. 6, S. 109 (zu § 329).

[7]) Natürlich auch (Mot. II S. 146) Einwendungen, welche an der eigentlichen Forderung selbst haften.

Digitized by Google

gefallen lassen muß; freilich mit Ausnahme einer Kompensationsbefugnis (vgl. oben S. 381).

Da[1]) eine Bürgschaft oder eine Pfandbestellung gewöhnlich nur mit Rücksicht auf einen bestimmten Schuldner und seine Zahlungsfähigkeit zu erfolgen pflegt, so erlöschen sie,[2]) wenn eine Schuldübernahme stattfindet (§ 418 I Satz 1), es sei denn (Satz 3), daß der Bürge oder der Eigentümer des Pfandobjekts[3]) in die Schuldübernahme einwilligte. Auch ein Konkursprivileg der ursprünglichen Forderung kann nicht zu Ungunsten der anderen Gläubiger des Übernehmers bei dessen etwaigem Konkurse Berücksichtigung beanspruchen (§ 418 II). — Eine Hypothek im speziellen freilich geht nicht wie ein Mobiliarpfandrecht unter, sondern (§ 418 I Satz 2) verwandelt sich ebenso, wie wenn der Gläubiger auf sie verzichtet (§ 1168 I), in eine Eigentümerhypothek.

§ 416 betrifft den Sonderfall der Übernahme einer Hypothek in partem pretii und stellt sich als Kompromiß zwischen den Vorschriften des preußischen[4]) und des bayerischen[5]) Rechtes dar.[6])

Die im gemeinen Recht bestrittenen, in den modernen Gesetzgebungen[7]) aber für eine Reihe wichtiger Anwendungsfälle (Vitalitien-, Alimenten-, Leibrentenvertrag, Schenkung eines ganzen Vermögens und — vgl. §§ 2371 ff., insbesondere § 2382 und § 2385 — Erbschaftskauf) bejahte Frage, ob der Übernehmer eines ganzen Vermögens ohne weiteres den Gläubigern hafte, ist in § 419 I bejaht worden: Der Übernehmer des Vermögens haftet direkt und persönlich vom Moment des Vertragsschlusses an, selbst wenn der Übernehmer das Vermögen noch nicht erhalten hat, und ohne Rücksicht auf entgegenstehende Parteiabreden (§ 419 III), aber nur in

[1]) Vgl. Mot. II S. 147 und Kommissionsprot. S. 423 ff.

[2]) Das gilt aber nicht von gesetzlichen Pfandrechten oder Bürgschaften (Kommissionsprot. S. 425).

[3]) Dies kann möglichenfalls der Uebernehmer der Schuld selber sein (Kommissionsprot. S. 424 a. E.).

[4]) Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 § 41.

[5]) Bayerisches Gesetz vom 29. Mai 1886 Art. I Nr. 2.

[6]) Vgl. Denkschrift S. 84 ff. und Kommissionsprot. S. 415 (S. 413 ff.)

[7]) Vgl. Anhang § 19 zu ALR. I, 11 § 646 und ferner Mot. II S. 151.

Digitized by Google

Höhe des vorhandenen Aktivbestandes (§ 419 II).[1]) Soweit tritt also neben dem bisherigen Eigentümer des Vermögens, welcher weiterhin haftbar bleibt (§ 419 I), ein neuer Schuldner in der Person des Übernehmers des Vermögens.[2]) Die Schuldübernahme hat also hier nicht (wie in den Regelfällen, oben S. 386 f.) privative, sondern kumulative Wirkung.[3])

Sechster Abschnitt. § 91. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Der sechste (letzte) Abschnitt (§§ 420—432: „Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern")[4]) bietet mancherlei Vereinfachung sowohl gegenüber den verschiedenartigen Normen der jetzigen Rechtssysteme,[5]) wie gegenüber der komplizierten Unterscheidung insbesondere des gemeinen Rechts zwischen Korreal- und Solidarobligationen.

Innerhalb des sechsten Abschnittes ist zunächst zu unterscheiden, ob die Leistung, an welcher mehrere Aktiv- oder Passivsubjekte interessiert sind, teilbar ist (§ 420) oder unteilbar (§§ 431 f.), und des weiteren, ob sich die Mehrheit der Interessenten auf der Passivseite findet (Gesamtschuldner, §§ 421 ff.) oder auf der Aktivseite (Gesamtgläubiger, §§ 428 ff.).

Ob die Leistung teilbar ist, richtet sich nach ihrem Gegenstande. Darüber vgl. wegen BGB. § 752 oben S. 208. Vermieten die Geschwister Max und Martha Müller in dem Hause, welches sie von ihren Eltern geerbt haben, eine der Wohnungen für 300 Mark an die Geschwister Stephan und Susanne Schulze, so ist die Leistung der Geschwister Müller natürlich unteilbar, die der Geschwister Schulze dagegen teilbar. Es würden also nach dem Grundprinzip des § 420 wegen des Mietszinses im besondern in dubio die Geschwister Müller je zur Hälfte forderungsberechtigt und die Geschwister Schulze je zur Hälfte, also je auf 150 Mark,

[1]) Bei Unzulänglichkeit des Vermögens sind §§ 1990 f. analog anzuwenden.

[2]) Vgl. Genaueres bei Planck S. 207.

[3]) Vgl. auch Endemann S. 684 Anm. 10.

[4]) Zur II. Lesung sehr eingehend Hruza im Sächs. Archiv V, 1895, S. 193 ff., 273 ff., 401 ff.

[5]) Vgl. insbes. zu § 421 die Nachweise Mot. II S. 154 f.

Digitized by Google

zahlungspflichtig sein, wenn nicht wegen der Geschwister Schulze aus der Bestimmung des § 427 folgen würde, daß sich die beiden Vermieter in dubio an jeden der beiden Schulzes für die ganzen 300 Mark halten können. Denn ein Vertrag ergibt eine Haftung der mehreren Schuldner als Gesamtschuldner, und diese äußert sich wiederum nach § 421 dahin, daß jeder der mehreren Schuldner die ganze Leistung bewirken muß, der Gläubiger aber diese Leistung nur einmal beanspruchen darf.

Daß das BGB. in dieser Weise bei teilbaren Leistungen zwischen Verträgen und andern Schuldverhältnissen (etwa Ansprüchen des mittellosen Vaters auf Unterhalt seitens seiner mehreren Kinder, § 1601) unterscheidet — übrigens in Anlehnung an das HGB. Art. 280 und an ALR. I, 5 §§ 424 f., aber im Gegensatze zum gemeinen Recht[1]) —, hat[2]) seinen Grund darin, daß der aus dem gemeinschaftlichen Eintritt für die Schuld zu folgernde mutmaßliche Wille beider Vertragsteile und die Verkehrsanschauung auf eine derartige Regelung gerichtet sind, die ja auch vom modernen Verkehrsbedürfnis insofern diktiert wird, als das Interesse des Gläubigers diesem eine „rasche und einfache Verfolgung" seines Anspruchs ermöglichen muß. Der gleiche Grund führt auch dazu, bei unteilbarer Leistung stets ein Gesamtschuldverhältnis anzunehmen (§ 431). — Diese bessere Verfolgbarkeit des Gläubigerrechts liegt vor allem in dem durch § 421 (Satz 1) dem Gläubiger garantierten jus variandi[3]) und dividendi,[4]) ferner aber auch darin, daß die Wirkung rechtsverändernder oder rechtsvernichtender Thatsachen sich im allgemeinen auf die Person desjenigen Gesamtschuldners beschränkt, in dessen Person sie eintraten.[5]) Vgl. § 425 I[6]) und II,

[1]) Ferner zum älteren deutschen und zum französischen und sächsischen Recht. Vgl. Mot. II S. 153 und code civil art. 1202, 1220, Sächs. BGB. §§ 663, 1020 f.

[2]) Denkschrift S. 86.

[3]) Dies ist auch dem ALR. I, 5 §§ 430, 434 f. bekannt.

[4]) Dagegen hat der belangte Gesamtschuldner die Einrede der Teilung nicht. Vgl. Mot. II S. 158.

[5]) „Soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt," z. B. auch zufolge ausdrücklicher Abrede.

[6]) Zur Begründung des § 425 I vgl. eingehend Mot. II S. 159 f., 166 ff.

Digitized by Google

ferner § 422 II und, falls der Erlaß nur subjektive Wirkung haben sollte,[1]) § 423. Rein objektive Schuldtilgungsgründe, wie die Erfüllung und als deren Surrogate (vgl. oben S. 371) die datio in solutum, die Hinterlegung und bei Identität der Parteien[2]) die Aufrechnung, wirken natürlich auch zu Gunsten der andern Schuldner (§ 422 I), desgleichen der objektive Schuldveränderungs-, hier Schulderleichterungsgrund der mora creditoris (§ 424). — Der vom Gesetzbuch unerwähnt gelassene Vergleich zwischen dem Gläubiger und einem der Gesamtschuldner wird als Kombination von Erlaß (§ 423) und Uebernahme eines neuen Erfüllungsversprechens betrachtet werden müssen, das später den Versprechenden und die andern Gesamtschuldner binden würde.[3])

Ein Gesamtschuldverhältnis liegt kraft einzelner Vorschriften des BGB. auch vor (trotz Teilbarkeit des Schuldobjektes) bei unerlaubten Handlungen (§ 840 I), bei schuldhafter Verzögerung des Antrages des Vereinsvorstandes bezw. der Liquidatoren auf Konkurseröffnung (§ 42 II Satz 2, § 53), bei Verbürgung mehrerer Personen (§ 769). Unter Umständen haften ferner die Eheleute als Gesamtschuldner (§ 1388), ferner Vormund und Gegenvormund bezw. Pfleger (§ 1833 II Satz 1 bezw. § 1915 I), sowie vor allem die Miterben (§ 2058).[4])

Im Gegensatze zu dem Gesamt*schuld*verhältnis besteht das *Gesamtgläubiger*verhältnis darin, daß die Leistung nur einmal zu *bewirken* ist, aber von jedem der Gesamtgläubiger gefordert werden kann (§ 428). So können die Geschwister Müller auf Einräumung der Mietswohnung von jedem der Geschwister Schulze

---

[1]) Vgl. ALR. I, 5 § 437. Im gemeinen Recht besteht hier, wie betreffs des von einem der mehreren Gesamtgläubiger vorgenommenen Erlasses Streit. Vgl. Mot. II S. 164, Windscheid § 295 (298) S. 126 ff. (136).

[2]) Ebenso ALR. I, 16 § 306, während das römische Recht eine Ausnahme (Kompensationsbefugnis auch mit der Forderung des anderen correus debendi) bei Sozietät und die gemeinrechtliche Lehre überhaupt bei Vorhandensein eines Regreßanspruchs gegen den correus debendi anerkennt. Vgl. Mot. II S. 163.

[3]) Mot. II S. 165 f.

[4]) Vgl. ferner §§ 54 a. E., 1108 II, 1459 II Satz 1, 1480 Satz 1, 1530 II Satz 1, 2219 II. — Vgl. auch § 755 I.

Digitized by Google

belangt werden, aber selbst wenn Stephan Schulze klagt, so können die Geschwister Müller die Wohnung immer noch der Susanne Schulze übergeben und dadurch ihre Verbindlichkeit erfüllen;[1]) und wenn Susanne Schulze sich weigert, einzuziehen, so gilt dieser Gläubigerverzug auch zu Ungunsten ihres Bruders (§ 429 I).[2]) — Erfüllung an einen der Gesamtgläubiger läßt die Forderung natürlich getilgt erscheinen, ebenso datio in solutum, Hinterlegung und Aufrechnung (422 I Satz 2) — nicht aber Aufrechnung gegen den Anspruch des klagenden Stephan Schulze mit einer Darlehensforderung der Vermieter gegen die Susanne Schulze (vgl. § 429 III Satz 1 mit § 422 II) — oder (§ 423) ein von Susanne Schulze persönlich bewilligter Erlaß oder (§ 425) die von ihr allein oder gegen sie allein ausgesprochene Kündigung oder eine von Susanne Schulze vorgenommene Abtretung ihres Anspruchs (§ 429 III Satz 2).

Dagegen erlischt der Anspruch des Stephan Schulze, wenn seine Schwester das Haus von den Vermietern kauft oder erbt oder wenn sie von diesen beerbt wird (§ 429 II); denn[3]) das Recht des Schuldners, die Erfüllung gerade gegenüber Susanne, nicht gegenüber Stephan Schulze vorzunehmen, darf durch diese Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Person nicht alteriert werden.

Im BGB. begegnen Gesamtgläubiger in § 2151 III Satz 1 und 2, sowie in §§ 1172 I, 1175 I.

Sind die mehreren Gläubiger *nicht* Gesamtgläubiger[4]) (z. B. die Miteigentümer gegenüber Dritten wegen der Ansprüche

---

[1]) Das „Präventionsprinzip" (Mot. II S. 157) des gemeinen und französischen Rechts ist also aufgegeben worden und desgleichen der Grundsatz des ALR. I, 5 § 450, daß die mehreren „Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben" können.

[2]) In obigem Beispiel des von Stephan und Susanne Müller zugleich abgeschlossenen (und z. B. von beiden unterschriebenen) Mietsvertrages kann das Vorhandensein eines Gesamtgläubigerverhältnisses unter Umständen doch zweifelhaft sein. Auch wenn sie die Erben des Mieters sind (§ 2039), liegt ein Gesamtgläubigerverhältnis nicht vor; vgl. unten S. 393 Anm. 4.

[3]) Kommissionsprot. S. 443.

[4]) Hier sprechen zwar Mot. II S. 171 zu § 339 I. Lesung davon, daß „ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 321 nicht vorliegt", dagegen durfte Haidlen S. 494 Zeile 4 v. o. für diesen § 321 nicht einfach den jetzigen § 421 substituieren, weil dieser

Digitized by Google

aus dem Eigentum, § 1011; vgl. ferner § 1109 I), so erfordert es die Berücksichtigung jedes einzelnen Gläubigers, daß die Leistung, wenn sie unteilbar ist, nur an alle Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann und daß der einzelne Gläubiger nur den Anspruch erheben darf, daß an alle geleistet oder zu aller Gunsten hinterlegt bezw. der zur Hinterlegung ungeeignete Gegenstand einem gerichtlich bestellten Verwahrer ausgehändigt werde (§ 432 I). Ferner wirken, wenn eben kein Gesamtgläubigerverhältnis vorliegt, die nur in der Person eines Gläubigers eintretenden Thatsachen (wie Verzug und Verschulden) oder andererseits subjektives Unvermögen (sowie Kündigung oder Mahnung) nur gegen bezw. für ihn allein (§ 432 II).

Die bisher erörterten Grundsätze betreffen nur die Wirkungen der aktiven und passiven Gesamtschuldverhältnisse nach außen. Ihre Wirkungen nach innen besprechen §§ 426 und 430, und zwar durch Aufstellung der Auslegungsvorschrift, daß mangels anderer vertragsmäßiger oder gesetzlicher[1]) Bestimmung eine Verpflichtung bezw. Berechtigung zu gleichen Teilen (nicht also pro rata) eintritt. Unter den Gesamtschuldnern besteht daher eine Ausgleichungspflicht,[2]) die sich für die übrigen abermals zu gleichen Teilen (und nur in den Ausnahmefällen demnach pro rata) verschärft, wenn einer zur Repartition außer stande ist (§ 426 I Satz 2). Der erfüllende Gesamtschuldner hat einen Regreßanspruch gegen die andern, und die Forderung geht, soweit er sie erfüllt hat, zu seinen Gunsten (nicht aber etwa zu Ungunsten des nicht völlig befriedigten Gläubigers) (§ 426 II Satz 2) auf ihn über, und zwar kraft Gesetzes (§ 426 II Satz 1), ohne daß also noch ein Anspruch auf Klagabtretung (beneficium cedendarum actionum) in Frage käme.[3])

jetzt nur vom passiven Gesamtschuldverhältnis handelt. Auch schwebt die ebenda am Rande abgedruckte Nr. a, der in den Mot. S. 173 eine Nr. b zu § 340 der I. Lesung (jetzt § 431) korrespondierte, in der Luft. — Cosack S. 382 ff. bezeichnet diesen Fall als „schlichte Mitgläubigerschaft". Von ihr und der Gesamtgläubigerschaft sind dann wieder die Gesamtschuldverhältnisse der §§ 709, 718 und der §§ 2039 ff. zu unterscheiden. Vgl. auch § 1281 und Planck S. 210 oben.

[1]) Vgl. BBG. §§ 840, 1833 II.

[2]) Vgl. ALR. I, 5 §§ 436, 443 ff.

[3]) Mot. II S. 170.

Digitized by Google

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

§ 92. Vorbemerkung.

Mit dem 6. Abschnitte § 432 schließt das BGB. den allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Und auch wir können sofort dem Gesetzgeber in den schon mehrfach (vgl. oben S. 23, 316) erwähnten, besonderen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse folgen. Denn zu ergänzenden Bemerkungen, wie wir sie namentlich am Schlusse des Buches I (oben § 63 S. 307 ff.) für erforderlich hielten, ist an dieser Stelle kein Anlaß vorhanden, da wir über die nicht im Gesetzestexte selbst erörterten Fragen allgemeiner Natur schon gelegentlich gesprochen haben.[1])

Der Siebente Abschnitt[2]) mit seinen 25 Titeln und seinen 421 §§ 433—853 umfaßt rund zwei Dritteile des Buches II und ein Sechsteil des ganzen Gesetzbuchs. Dennoch enthält nicht er allein die Antworten auf Fragen des speziellen Obligationenrechts; oftmals werden diese vielmehr nur durch ergänzende Heranziehung der ersten 6 Titel bezw. sogar des I. Buches zu beantworten sein. So mangels etwaiger Sondernormen z. B. die Fragen nach der Form des Vertragsschlusses, der Zeit seines Zustandekommens, der Zeit und dem Orte seiner Erfüllung.

Erster Titel. Kauf und Tausch. § 93. Disposition des Titels und der allgemeinen Vorschriften.

Der erste Titel bespricht den Kauf (§§ 433—514) und den unter Nr. IV mit der kurzen Notiz des § 515 erledigten Tausch und teilt die Lehre vom Kauf in (I) „Allgemeine Vorschriften" (§§ 433—458) sowie (II) „Gewährleistung wegen Mängel der Sache" (§§ 459—493) und (III) „Besondere Arten des Kaufes" (§§ 494—514) ein.

Die allgemeinen Vorschriften erörtern zunächst (§ 433) die Wirkungen des Kaufvertrages überhaupt; dann (§§ 434—442) die

[1]) Vgl. insbes. oben S. 317 wegen der Naturalobligationen und ebenda wegen der rein obligatorischen, von „dinglicher Beimischung" (Endemann S. 403) freien Natur des modernen Obligationenrechts (und hierzu insbesondere wegen der Miete auch unten S. 438).

[2]) An Litteratur vgl. außer der oben S. 316 Anm. 1 zum ganzen II. Buche angegebenen insbes. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse (Berlin 1897). Der Planckſche Kommentar konnte zum folgenden nicht mehr berücksichtigt werden.

Digitized by Google

Gewährleistung dem Rechte nach[1]) — im Gegensatze zur Gewährleistung wegen der Sachmängel[2]) (Nr. II, §§ 459—493) — mit einigen dahin gehörigen Nebenfragen (§§ 443—445); sodann die Gefahrund Kostentragung (§§ 446—451); dann einige den Kaufpreis betreffende Punkte (§§ 452—455) und schließlich Sonderbestimmungen über Zwangsverkauf (§§ 456—458).

Vorab sei bemerkt, daß das Gesetzbuch über folgende in den älteren Kodifikationen mehr oder weniger ausführlich behandelte Angelegenheiten schweigt: über den Rücktritt wegen laesio enormis (welche der modernen Verkehrsanschauung und der Verkehrssicherheit nicht entspricht),[3])[4]) über das Schicksal von Zubehörstücken[5]) und Zuwachs und über den Eigentumsübergang am Kaufgegenstande (hier erschienen besondere Vorschriften überflüssig resp. gefährlich). Der Erbschaftskauf wird natürlich in Buch V (Abschn. 9 §§ 2371 bis 2385) erörtert.

§ 94. Die Wirkung des Vertrages im allgemeinen.

Die Wirkung des Kaufvertrages geht für den Käufer (§ 433 II) auf Zahlung des Kaufpreises und[6]) Abnahme der Sache; für den Verkäufer (§ 433 I) auf Verschaffung des Vertragsobjektes, d. h., wenn es sich um Verkauf einer Sache handelt, neben deren Übergabe nicht blos auf Verschaffung des ungestörten Genusses (habere licere), sondern auf Verschaffung des Eigentums,[7]) und wenn es sich um Verkauf eines Rechtes handelt, auf Verschaffung dieses Rechtes selber (nebst Übergabe der Sache, zu deren Besitz das Recht, z. B. das Mietrecht oder Pfandrecht, be-

[1]) Beide Materien hatte Entwurf I im Allgemeinen Teile (§§ 370—380 und 381—411) behandelt. Vgl. zum ersten Punkte jetzt die generalisierende Norm des § 445.

[2]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 58 ff., 527 ff., 981 ff., 78 ff.

[3]) Vgl. Mot. II S. 321. Außerdem ist sie in praxi bisweilen entbehrlich, weil die Anfechtung wegen Irrtums bezw. Täuschung (oben S. 229 ff.) Platz greifen kann; ferner ist sie in den verschiedenen Rechtssystemen verschieden gestaltet.

[4]) Ueber die besonderen Arten des Kaufs, welche das BGB. behandelt bezw. nicht behandelt, s. unten S. 414.

[5]) Vgl. oben S. 197 ff. zu BGB. §§ 97 f.

[6]) Vgl. ALR. I, 11 § 215.

[7]) Es schließt sich also das BGB. nicht dem gemeinen Recht, sondern dem ALR. (I, 11 § 1) und dem code civil art. 1582 f. an.

Digitized by Google

rechtigt); besteht also dieses Recht nicht, so ist der Vertrag nicht etwa wegen Nichtexistenz des Vertragsgegenstandes unmöglich und also auch keineswegs zufolge §§ 306 ff. (oben S. 350 f.) nichtig.[1])

Was nun diese Wirkungen des Kaufvertrages des genaueren betrifft, so wollen wir entgegen der Disposition des Gesetzes mit den verhältnismäßig einfacheren Pflichten des Käufers beginnen.

Für den Kaufpreis wird von den Parteien sehr oft, und zwar insbesondere oft auch dadurch, daß sie über den Preis überhaupt keine Abrede treffen, der Marktpreis in Bezug genommen; als solcher hat dann in dubio derjenige Preis zu gelten (§ 453), welcher zur Erfüllungszeit an dem Erfüllungsorte oder für diesen, d. h. in seinem Verkehrsbereiche[2]) gilt.[3]) — Gewährt das Verkaufsobjekt „Nutzungen" (oben S. 199 ff.), so soll der Käufer nicht diese Nutzungen und das Kaufgeld zugleich genießen.[4]) Sofern also nicht der Verkäufer durch Stundung des Kaufgeldes (möglichenfalls unter gleichzeitigem Aufschlage wegen seines Zinsverlustes) auf Zinsen verzichtet hat, muß (§ 452) der Käufer den Kaufpreis von Beginn seines Anspruchs auf die Nutzungen (also zumeist von Empfangnahme des Gegenstandes ab; vgl. unten S. 400) verzinsen. Das gleiche Resultat wie aus einer ausdrücklichen Stundungsabrede kann sich aber aus der sonstigen Sachlage ergeben: so wird im täglichen Kleinverkehr (beim Materialwarenhändler oder Kohlenlieferanten) eine auf Zinspflicht des Käufers gerichtete Willensübereinstimmung der Parteien nicht anzunehmen sein,[5]) wohl aber im Handelsverkehr zweier Kaufleute.[6])

Die Stundungsabrede entzieht dem Verkäufer außerdem (nach § 454)[7]) das für bilaterale Verträge im allgemeinen bei Säumigkeit oder rechtskräftiger Verurteilung des Gegners vorgesehene Rücktrittsrecht wegen resultatlosen Ablaufes der angemessenen Nachfrist (§ 325 II in Verbindung mit § 283, sowie § 326; vgl.

[1]) Vgl. Denkschrift S. 87.
[2]) Kommissionsprot. (nach Haiblen S. 522).
[3]) Vgl. auch HGB. Art. 353.
[4]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 109 ff., 227.
[5]) Mot. II S. 329 und BGB. §§ 133, 157, 242 (oben S. 78, 247).
[6]) Vgl. jetzt Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 § 353.
[7]) Vgl. ALR. I, 11 § 226.

Digitized by Google

oben S. 359 f.). Der Käufer, welchem Ausstand bewilligt wurde, soll also nicht zu Schadensersatz oder zu Rückgewähr der Sache verpflichtet werden, welche er vielleicht schon in Gebrauch genommen und dadurch in ihrem Werte vermindert hat.[1]) — Dagegen gebührt dem Verkäufer dies Rücktrittsrecht in dubio, falls er sich das Eigentum an einer beweglichen Sache bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat und der Käufer in Zahlungsverzug gerät (§ 455): eine gesetzliche Auslegungsvorschrift für die im täglichen Leben sehr zahlreichen, aber oft hinsichtlich der Abreden recht lückenhaften Vertragsschlüsse,[2]) welche dem Käufer nur einen suspensiv bedingten Eigentumsübergang einräumt.[3])

§ 95. Insbesondere die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte.

Die Pflichten des Verkäufers (oben S. 395) gehen im einzelnen auf Erteilung von Auskunft und Urkundenmaterial über die Rechtsverhältnisse des Kaufobjekts (§ 444), vor allem aber auf Gewährleistung für Freiheit des Objektes von Rechten, welche dritte Personen gegenüber dem Käufer geltend machen könnten; also nicht blos von dinglichen Rechten (wie Pfandrecht, Grunddienstbarkeiten[4]) und dingliches Vorkaufsrecht), sondern auch von persönlichen (wie Miete, Pacht, persönliches Vorkaufsrecht). — Nur wirkliche Kenntnis des Käufers von dem Mangel im Recht (nicht jedoch fahrlässige Unkenntnis) ist als Verzicht auf die Gewährleistungspflicht des Verkäufers bezw. als Übernahme der aus dem fremden Rechte drohenden Gefahr aufzufassen und befreit daher den Verkäufer von der Vertretungspflicht (§ 439 I), sofern es sich nicht um ein Pfandrecht oder um eine eingetragene Belastung des Grundstücks mit Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder um eine Vormerkung zu deren Sicherung handelt (§ 439 II); daß der Verkäufer diese auch dann

[1]) Kommissionsprot. (nach Haiblen S. 522).

[2]) Kommissionsprot. (nach Haiblen S. 523).

[3]) Für die eigentlichen „Abzahlungsgeschäfte" (vgl. die Schrift von Lazarus, Berlin 1898) bleibt es (EVBGB. Art. 32) bei den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 16. Mai 1894 (RGBl. S. 450).

[4]) Ihretwegen besteht für das römische und gemeine Recht Streit. Vgl. auch Mot. II S. 214.

Digitized by Google

beseitigen muß, wenn der Käufer sie kannte, begründen die Motive und die Denkschrift mit dem Hinweis auf die Verkehrssitte und den Vorgang des ALR.[1])

Derartige eingetragene Immobiliarrechte an einem verkauften Grundstücke und ebenso eingetragene Rechte an veräußerten Immobiliarrechten, welche, wenn sie bestünden, den Käufer beeinträchtigen würden (z. B. im Falle der Weiterveräußerung), welche aber in Wirklichkeit nicht bestehen, muß der Verkäufer auf seine Kosten im Grundbuche löschen lassen (§ 435 I).[2]) Hingegen muß, wie in den neueren Kodifikationen,[3]) der Erwerber sich die der Eintragung unfähigen, auf öffentlichem Rechte basierenden Lasten (z. B. Grundsteuern, Deichlast, Kirchenbezem) gefallen lassen (§ 436),[4]) sofern nicht etwa der Verkäufer diese Lasten auf Befragen geleugnet hat.[5])

Bei Forderungen oder sonstigen Rechten erstreckt sich (§ 437) die Haftung des Verkäufers auf Verität[6]) (Existenz), bei Wertpapieren einschließlich des Umstandes, daß nicht etwa ein Amortisationsverfahren eingeleitet ist, von welchem zwar der Verkäufer, aber nicht der Käufer füglich unterrichtet sein konnte. Die Haftung des Verkäufers erstreckt sich aber nicht auf die Bonität der Forderung, und selbst bei ausdrücklicher Übernahme einer Haftung für die Solvenz des Schuldners bezieht sich diese Haftung in dubio nur auf die Güte des Schuldners im Augenblicke der Cession, nicht auch auf spätere Solvenz (§ 438).[7])

---

[1]) Vgl. Mot. II S. 216, Denkschrift S. 89, ALR. I, 11 §§ 184 ff.

[2]) Auch § 435 II bestimmt aus gleichen Erwägungen das Gleiche für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte an registrierten Schiffen (vgl. BGB. §§ 1259 ff.).

[3]) ALR. I, 11 § 175. Vgl. auch Sächs. BGB. § 945.

[4]) Er bezieht sich (Mot. II S. 215) weder auf bewegliche Sachen (Schiffe, Marktbuden u. dergl.), noch auf Rückstände der öffentlichen Abgaben (vgl. ALR. I, 11 § 182). Ob außerordentliche Beiträge hierunter gehören, die § 436 nicht ausschließt, die aber der Verkäufer doch auch nicht voraussetzen konnte, ist (vgl. Meisner S. 108/109) zweifelhaft.

[5]) Dann haftet er wegen seines dolus aus § 276 I (oben S. 339).

[6]) Er hat für die ganze Forderung einzustehen, nicht etwa blos, wie nach ALR. I, 11 § 440, bei Cessionen in Höhe der gegebenen Valuta.

[7]) Vgl. wegen der Haftung für Zahlungsfähigkeit des Schuldners überhaupt nach mancher Richtung abweichend ALR. I, 11 § 427 ff. (ungenau darüber die Bemerkung bei Meisner S. 109).

Digitized by Google

Die Folgen des Mangels im Rechte (den der Käufer beweisen muß, und zwar dahin, daß das Recht eines Dritten bestehe, § 442)[1] gehen nun dahin (§ 440 I), daß der Käufer — wie bei allen bilateralen Verträgen (§§ 320—327, oben S. 354 ff.) — seine Gegenleistung (d. h. die Zahlung des Kaufpreises und Abnahme des Gegenstandes) verweigern, auf Erfüllung (d. h. Beseitigung des Mangels im Rechte) klagen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen und event. auch vom Vertrage zurücktreten kann:[2] alles dies gleichviel ob im übrigen (also vielleicht im wesentlichen) der Vertrag vom Verkäufer erfüllt worden ist und ob der Dritte sein Recht bereits geltend gemacht hat. Wirkliche Entwehrung[3] wird also nicht (wie im gemeinen Recht[4] und im ALR. I, 5 §§ 317, 323; I, 11 §§ 135 f., 143), für den Anspruch des Käufers vorausgesetzt; oder doch nur nach § 440 II—IV und § 441,[5] wenn es sich um Mobilien handelt, die der Käufer einem Dritten herausgeben mußte, weil dieser ein zum Besitze der Sache berechtigendes Recht (Eigentum, aber auch z. B. Miete oder Pfandrecht) hat. Bis diese Herausgabe der Sache an den Dritten erfolgte, darf der Käufer, der ja eben einstweilen noch im Genusse der Sache bleibt, keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Der Herausgabe an den evinzierenden Dritten ist die an den Verkäufer gleichgestellt, ferner der Untergang der Sache (§ 440 II a. a. O.) und die an den Verkäufer erfolgende Abtretung eines Anspruchs, den der Käufer gegen einen Andern, z. B. gegen den Dieb, erlangt.

Selbstverständlich geht die Vertragsfreiheit der Parteien so weit, daß sie die geschilderten Gewährleistungspflichten des Ver-

---

[1]) Vgl. ebenso ALR. I, 11 §§ 143 ff. — Der vom Dritten beklagte Käufer wird gut thun, dem Verkäufer den Streit zu verkünden (CPO. § 69).

[2]) Vgl. Denkschrift S. 89/90 und Kommissionsprot. S. 660 ff., 801/802.

[3]) Vgl. Schwamborn, die Lehre des BGB. von der Eviktion beim Kauf, Erlanger Inaugural-Dissertation, Bonn 1897.

[4]) Vgl. Windscheid § 391 S. 427 ff.

[5]) Hier nämlich, wenn nicht eine bewegliche Sache selbst das Objekt des Kaufvertrages bildet, sondern ein zum Besitze der Sache berechtigendes Recht (z. B. ein Mobiliarpfandrecht oder Nießbrauchsrecht).

Digitized by Google

käufers durch besondere Abrede steigern oder auch herabsetzen oder auch ganz beseitigen können; doch sind die auf Herabsetzung oder Beseitigung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers gerichteten Abreden wie nach bisherigem Rechte[1]) nichtig, falls er den Mangel im Rechte arglistig verschwieg (§ 443), nicht auch falls er ihn etwa verschwieg, weil er glaubte, der Käufer selber kenne den Mangel gleichfalls.[2])

Besondere kürzere Verjährungsfristen[3]) hat das BGB. nicht aufgestellt; das Rücktrittsrecht des Käufers (oben S. 399) ist, weil es sich nicht als „Anspruch" im Sinne des BGB. § 194 I (oben S. 293) darstellt, überhaupt nicht verjährbar.

Die geschilderten Vorschriften über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers finden (§ 445) auch dann Anwendung, wenn es sich nicht um Verkauf, sondern um einen sonstigen Vertrag handelt, welcher auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gerichtet ist. Doch muß dieser Vertrag ein entgeltlicher sein (z. B. auf seiten des Erwerbers der Sache Dienstleistungen enthalten); denn bei unentgeltlichen Verträgen, wie Schenkung und Ausstattung, greifen andere Grundsätze Platz (vgl. §§ 523, 1624 II).

Gefahr (periculum) und Lasten, andererseits aber auch Nutzungen[4]) (commodum) gehen (mangels anderer Abrede)[5]) auf den Käufer in dem gleichen Augenblicke über, nämlich (§ 446 I, § 451) (wie nach älterem deutschen und nach preußischem[6]) Recht) erst mit der Übergabe des Kaufobjektes (also nicht, wie nach gemeinem Recht, schon mit der Perfektion des Vertrages). Doch bestehen von dieser Regel zwei sehr wichtige Ausnahmen: bei Immobilien gehen Gefahr, Lasten und Nutzungen schon mit der

---

[1]) Vgl. ALR. I, 5 § 348, I, 11 §§ 137 ff. und wegen der anderen Rechtssysteme Mot. II S. 223.

[2]) Kommissionsprot. S. 667.

[3]) Wie ALR. I, 5 § 344 (bei Landgütern 1 Jahr, bei städtischen Grundstücken 6 Monate, bei Mobilien 3 Monate seit Kenntnis des Mangels).

[4]) Ueber die Verteilung von Lasten und Nutzungen zwischen den Kontrahenten vgl. oben S. 201 f. zu BGB. §§ 101 ff.

[5]) Wegen des Verzuges (BGB. §§ 300, 324 II) vgl. oben S. 348 a. E., 359.

[6]) ALR. I, 11 §§ 95, 100.

Digitized by Google

Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuche über, falls diese Eintragung bereits vor der Übergabe stattfindet[1]) (§ 446 II), bei Mobilien (selbst bei Gattungssachen, wie nach Handelsrecht)[2]) geht die Gefahr (im besonderen) auf den Käufer bereits mit Auslieferung der Sache an die zur Versendung bestimmten Personen (wie Spediteur und Frachtführer) oder Anstalten (wie Reichspost oder private Packetpost) in dem besonderen Falle über, wenn nach des Käufers Wunsche der Verkäufer die Sache an einen Ort senden soll, der nicht der vertragsmäßige Erfüllungsort ist (§ 447 I);[3]) erfolgt demnach die Versendung der Sache an den andern Ort, weil dieser der Erfüllungsort ist, so bleibt bis zur Erfüllung dieser seiner Verpflichtung die Transportgefahr natürlich beim Verkäufer.[4]) — Auch besondere Anweisungen, die der Käufer über die Art der Versendung gegeben hat (Wertsendung, Eilfracht), haben in solchem Falle keine Einwirkung auf den Gefahrübergang, sondern nur auf die Schadensverantwortung (§ 447 II).[5])

Im angedeuteten Falle einer Versendung der Sache an einen vom Erfüllungsorte verschiedenen Ort treffen neben der Transportgefahr auch die Transportkosten den Käufer; ebenso treffen ihn (§ 448) die Abnahmekosten; im übrigen sind die Kosten der Versendung und die sonstigen Kosten der Übergabe (insbesondere des Messens und Wägens) und der Begründung bezw. der Cession eines Rechtes vom Verkäufer zu tragen (§ 448), zu dessen Pflicht ja auch diese Thätigkeiten gehören.[6]) Der Käufer hat ferner, einer verbreiteten Verkehrssitte entsprechend,[7]) die besonderen Kosten des Erwerbs von

---

[1]) Für diesen Fall war die Frage nach dem Pr. Eigentumserwerbsgesetze vom 5. Mai 1872 (Ges.S. S. 433) sehr bestritten. Vgl. auch Mot. I. S. 323 Anm. 1.

[2]) HGB. Art. 345 I Satz 1. Vgl. im Resultate ebenso ALR. I, 11 §§ 128 bis 134, indem hier der Augenblick der Versendung als Augenblick der Uebergabe (und daher des Gefahrsüberganges) betrachtet wird.

[3]) Die Fassung dieses Paragraphen ist nicht einwandsfrei.

[4]) Vgl. HGB. Art. 345 II Satz 1.

[5]) Vgl. HBG. Art. 345 II Satz 2.

[6]) Vgl. BGB. § 242 (oben S. 78) und HGB. Art. 351.

[7]) Mot. II S. 328.

Digitized by Google

Immobilien und Immobiliarrechten[1]) und der vorangehenden Beurkundung des Vertrages selber zu bezahlen[2]) (§ 449).

Was den Ersatz von Verwendungen auf die Sache betrifft, so sagt das BGB. (§ 450 II), daß sich diese Frage im allgemeinen nach den Grundsätzen von der auftraglosen Geschäftsführung beantworte (§§ 677 ff.); dagegen nach den Grundsätzen vom Auftrage (§§ 662 ff.), sofern zwar nicht der Besitz, wohl aber die Gefahr (sei es nach Vertragsabrede, sei es, z. B. beim Verzuge — vgl. oben S. 348 zu BGB. § 300 II — nach gesetzlicher Vorschrift) bereits auf den Käufer übergegangen ist und in der Zwischenzeit bis zur Übergabe der Verkäufer notwendige Verwendungen auf die Sache gemacht hat (§ 450); denn dann kann der Verkäufer als ermächtigt zur Fürsorge für das Objekt gelten,[3]) und zwar[4]) (da er ja wie ein Beauftragter beurteilt wird), nach seinem subjektiven Dafürhalten (§ 670).[5])

Alle diese Vorschriften sind aber keineswegs zwingender, sondern blos dispositiver Natur, können also durch Parteiabrede geändert werden.

§§ 456 ff. behandeln den allen Rechtssystemen[6]) entsprechenden prinzipiellen Ausschluß eines persönlichen oder durch einen Strohmann ausgeübten Rechtes zum Mitbieten des Versteigerungsbeamten (seines Gehilfen und Protokollführers), sowie des Konkursverwalters bei öffentlichem Verkaufe im Wege der Zwangsvollstreckung, beim Pfandverkaufe (BGB. §§ 1233 ff.), und beim Selbsthilfeverkaufe (BGB. §§ 383, 385, oben S. 378). In dergleichen Fällen eines für Rechnung, aber gegen den Willen eines andern erfolgenden Verkaufes soll einem Interessenkonflikte der Beteiligten und partei-

[1]) Die Löschung solcher Rechte hat im Falle des § 435 (oben S. 398) der Verkäufer zu bezahlen.

[2]) Ueber die Stempelkosten u. dergl. schweigt das Gesetzbuch, weil sie (vgl. oben S. 32) öffentlich-rechtlicher Natur sind.

[3]) Mot. II S. 325 a. E.

[4]) Vgl. Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 520).

[5]) Vgl. ferner § 665 und § 666.

[6]) Vom ältesten römischen Recht (l. 34 § 7, l. 46 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 5 §§ 2—4 Dig. de auct. et cons. tutor. 26, 8) ab. Vgl. Mot. II S. 330 und insbes. auch ALR. I, 11 §§ 20 ff.

Digitized by Google

lichen bezw. unlauteren Machinationen des Versteigerungspersonals vorgebeugt werden;[1]) dem Interesse der Beteiligten wird aber genügt, oft sogar direkt entgegenkommen, indem das Zuwiderhandeln nicht absolute Nichtigkeit zur Folge hat, sondern bei vorgängiger bezw. nachträglicher Zustimmung (oben S. 285 ff.) unschädlich ist (§ 458 I Satz 1), so daß also hier das strikte Verbot des Selbstkontrahierens des Vertreters (§ 181, oben S. 279)[2]) eine Modifikation erfährt.

§ 96. Insbesondere die Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

Außer wegen eines Mangels im Recht (oben S. 397 ff.) kann ein Gewährleistungsanspruch auch wegen eines physischen Fehlers der Sache bezw. wegen Nichtvorhandenseins einer zugesicherten Eigenschaft (dicta et promissa) gegeben sein.[3]) Diese Fälle behandelt Titel I Nr. II in §§ 459—493 und zwar zunächst (sowie im Schlußparagraphen 493, der dem § 445 — oben S. 400 — entspricht) im allgemeinen, dann in §§ 481—492 im besondern wegen der Viehmängel: dort wesentlich nach römischrechtlichem,[4]) hier wesentlich nach deutschrechtlichem Muster (vgl. oben S. 56).

Ob es sich um einen physischen Fehler (§ 459 I) einschließlich eines Mangels in Maß, Zahl, Gewicht[5]) oder um den Mangel einer zugesicherten[6]) Eigenschaft (z. B. besonderer Haltbarkeit des Kleiderstoffes) handelt (§ 459 II), ist im allgemeinen für die Gewährleistung gleichgültig; nur bildet letzterenfalls die unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit der Sache zum gewöhnlichen bezw. zum vertragsmäßig vorausgesetzten[7]) Gebrauche (§ 459 I

[1]) Mot. II S. 330 ff.

[2]) Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 524).

[3]) Epping, die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. Erlanger Inaugural-Dissertation 1897.

[4]) Aber zugleich mittelbar auch nach preußisch-rechtlichem Muster, da sich ALR. I, 5 §§ 317 ff., I, 11 §§ 164 ff. im allgemeinen eng an das gemeine Recht anlehnen.

[5]) Vgl. Mot. II S. 233. Ueber diese Fragen enthält ALR. I, 11 §§ 207 ff. einige Kasuistik.

[6]) Zusicherung nicht etwa mittels allgemeiner reklameartiger Anpreisungen (Mot. II S. 225).

[7]) Hier wird wieder BGB. § 242 (oben S. 78) eingreifen: es ist ein großer Unterschied, ob ich mir ein Album im „Dreimarkbazar" oder in der besten Lederwarenhandlung der Stadt kaufe bezw. ein Kleidungsstück

Digitized by Google

Satz 2), sowie die grobfahrlässige Unkenntnis vom Mangel jener Eigenschaft (§ 460 Satz 2) nicht, wie bei physischen Fehlern, einen Grund zum Ausschlusse der Gewährleistung. Ferner gibt der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft außer dem Wandelungs- und Minderungsrechte (unten S. 405 ff.) einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; dagegen besteht dieser Anspruch bei einem physischen Fehler nur, wenn ihn der Verkäufer arglistig verschwieg (§ 463), wenn ihn also ein Verschulden trifft.

Daß der „Mangel" — unter diesem Ausdrucke versteht das BGB. sowohl positive Fehler wie das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften[1]) — für die Gewährleistung in beiden Fällen außer Betracht bleibt, wenn ihn der Käufer kannte (§ 460 Satz 1; vgl. § 464), harmoniert nicht blos mit dem deutschen Rechtssprichwort „Augen für Geld", sondern auch mit dem bisherigen positiven Recht[2]) und mit den Anschauungen des Verkehrs. Ein Ausfluß der Verkehrsanschauungen ist es aber auch, daß bei einem nicht freihändig, sondern in öffentlicher Auktion erfolgenden Pfandverkaufe[3]) eine Gewährleistungspflicht überhaupt nicht stattfindet (§ 461).[4])

Während somit ein Verschulden des Käufers (seine „grobfahrlässige Unkenntnis") den Gewährleistungsanspruch paralysieren kann, bleibt abgesehen von der erwähnten Einwirkung „arglistigen Verschweigens"[5]) auf seiten des Verkäufers die Gewährleistung ganz unabhängig von einem Verschulden.

---

in der „Goldenen Hundertzehn" oder im eleganten Garderobengeschäft bezw. Manschettenknöpfe beim Hausierer oder beim Juwelier. Für denselben Geldbetrag werde ich in jenem Falle zurückgesetzte, beschädigte und wenig widerstandsfähige, aber verhältnismäßig prunkvolle, in diesem Falle gediegene und haltbare, wenngleich minder augenfällige Ware erwarten.

[1]) Mot. II S. 226.

[2]) Vgl. ALR. I, 5 §§ 329 ff.

[3]) Für diesen Fall vgl. BGB. § 1235 I.

[4]) Dieser Grund, den die Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 528) andeuten, ist meines Erachtens wichtiger, als die von der Denkschrift S. 93 (und von Meisner S. 116) hervorgehobene „Rücksicht auf die besondere Lage des Pfandgläubigers".

[5]) Dies arglistige Verschweigen, sowie die ausdrückliche Zusicherung der Abwesenheit des Fehlers hebt sogar des Käufers grobfahrlässige Unkenntnis auf (§ 460 Satz 2).

Digitized by Google

Der Zeitpunkt der Mängelfreiheit ist (wie der Zeitpunkt des Nutzungs- und Lastenüberganges, vgl. oben S. 400) mit dem des Gefahrüberganges identifiziert worden (§ 459 I Satz 1 und II),[1]) gleichviel ob den Vertragsgegenstand eine Spezies- oder eine Genussache bildet.[2]) Der Augenblick des Vertragsschlusses ist jedoch (wie im gemeinen Recht überhaupt) maßgebend geblieben für den Anspruch auf Schadenserſatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 Satz 1); denn die mit der Zusichrung übernommene Garantie kann nicht die Ereignisse der Zwischenzeit (bis zur Übergabe) umfassen. Auch für den zur Zeit des Vertragsschlusses bereits vorhandenen, aber von ihm arglistig verschwiegenen Fehler muß der Verkäufer das volle Interesse erstatten (§ 463 Satz 2), nicht blos, wie nach den Grundsätzen von Scherz und Irrtum (§§ 122 I, oben S. 225; vgl. auch § 307, oben S. 253), das negative Vertragsinteresse.

Für vertragsmäßigen Ausschluß bezw. Beschränkung der Gewährleistungsansprüche gilt (§ 476) hier das Gleiche wie bei einem Mangel im Recht (§ 443, oben S. 400); stillschweigender Erlaß der Gewährleistung wird sich insbesondere oft bei Kauf in Bausch und Bogen und bei gewagten Geschäften annehmen lassen, über welche das BGB. Sondervorschriften[3]) nicht gibt.

Die reguläre Form,[4]) in welcher sich die Gewährleistung äußert, ist nun wie im bisherigen Recht[5]) die, daß (§ 462) der Käufer die Wahl hat zwischen „Wandelung", d. h. „Rückgängigmachung des Kaufes" (actio redhibitoria, §§ 467—471), und „Minderung", d. h. Herabsetzung des Kaufpreises (actio quanti minoris, §§ 472—475). Dies Wahlrecht billigt das BGB. dem Käufer ohne Rücksicht darauf zu, ob der Verkäufer vielleicht den

---

[1]) Vgl. daher zu ALR. I, 11 §§ 192 ff. und I, 5 § 322, oben S. 400 Anm. 6.

[2]) Vgl. Mot. II S. 225.

[3]) Vgl. unten S. 414.

[4]) Ueber den ausnahmsweise hinzutretenden Anspruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung (BGB. § 463), s. oben S. 404, wegen der Gattungssachen (BGB. § 480) unten S. 411.

[5]) Vgl. ALR. I, 5 §§ 325 ff.

Digitized by Google

Fehler nachträglich beseitigen, die fehlende Eigenschaft nachträglich gewähren kann.[1])

Das BGB. gibt der Wandelung und der Minderung die unzweifelhaft etwas gesuchte Konstruktion[2]) eines auf Aufhebung des ursprünglich geschlossenen Kaufvertrages gerichteten neuen Vertrages; denn in § 465 erscheint sie als erst durch Einwilligung des Verkäufers in die Erklärung des Käufers vollzogen, als Annahme des auf Vertragsaufhebung gerichteten Antrages. Bis dahin hat der Käufer das jus variandi, welches für ihn z. B. bei Konkurs des Verkäufers sehr wichtig ist, indem er nun statt Wandelung bloße Minderung des Kaufpreises beanspruchen kann.[3]) — Um aber den Verkäufer, über welchem das Damoklesschwert der Wandelung schwebt, aus der unangenehmen Lage der Ungewißheit zu befreien, ist ihm durch § 466 die Befugnis erteilt, dem Käufer eine angemessene Erklärungsfrist zu setzen, nach deren Ablauf der Käufer höchstens Minderung des Kaufpreises beanspruchen darf.

Im übrigen trennen sich im Gesetzestexte die Wandelung und Minderung, um sich wieder betreffs der vertragsmäßigen Abreden darüber (§ 476, oben S. 405) und betreffs der Verjährung (§§ 477 ff.) bezw. schon vorher in § 475 bezüglich der vom BGB. bejahten Frage zu vereinigen, ob nach stattgehabter Minderung wegen eines Fehlers später wegen eines andern inzwischen entdeckten Fehlers nochmals Minderung oder Wandelung beansprucht werden darf.

Die Wandelung im speziellen wird (§ 467) analog dem vertragsmäßigen Rücktrittsrechte behandelt, dessen Vorschriften (§§ 346 ff.)[4]) ich gerade mit Rücksicht auf diesen wichtigen An-

[1]) Vgl. ALR. I, 5 §§ 325, 331 und Mot. II S. 227, sowie darüber, daß nach BGB. der Verkäufer viel ungünstiger gestellt ist, als nach ALR., auch Meisner S. 116/117.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. S. 709/710 und dazu Endemann S. 721 Anm. 13 (und auch Scholl-meyer S. 16/17).

[3]) Vgl. auch Denkschrift S. 93/94 und ALR. I, 5 §§ 327 f.

[4]) Die Nichtanwendbarbeit der (in § 467 nicht citierten) §§ 349, 355 und der §§ 357—361 bedarf nicht der Erklärung. Vgl. auch oben S. 360 Anm. 6.

Digitized by Google

wendungsfall sehr eingehend (oben S. 367 ff.) erörtert habe. — Aus der Heranziehung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts folgt u. a., daß der redhibierende Käufer nicht, wie im ALR.,[1]) durchweg als redlicher Besitzer angesehen wird; er haftet vielmehr für Verschulden und wegen der Nutzungen wie der mit der Vindikation beklagte Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit ab (§§ 347, 987, 989). Ferner trifft, wie im gemeinen Recht,[2]) der zufällige Untergang des Kaufgegenstandes den Verkäufer (§ 350), den Käufer dagegen trifft (§§ 351 ff.) nur der von ihm verschuldete Untergang (nebst Verschlechterungen u. s. w., vgl. oben S. 369), es sei denn (§ 467 Satz 1), daß sich im Falle der Spezifikation (§ 352) der Mangel gerade erst bei dieser Gelegenheit herausstellt.

Das Wandelungsrecht wird aber zu Gunsten des Verkäufers nach einigen Richtungen eingeschränkt. Es findet garnicht statt[3]) bei Zusicherung einer bestimmten Größe des Grundstücks, wenn der Mangel verhältnismäßig gering ist[4]) (§ 468); es beschränkt sich bei Mangelhaftigkeit der Nebensache (nicht aber umgekehrt auch bei Mangelhaftigkeit der Hauptsache, § 470 Satz 1) auf diese (§ 470 Satz 2) und bei gleichzeitigem Verkaufe mehrerer Sachen[5]) (auch zu einem Gesamtpreise)[6]) auf die mangelhaften Stücke (§ 469 Satz 1); wenn jedoch die Sachen als zusammengehörig verkauft wurden und die mangelhaften Stücke nicht ohne Nachteil für den Käufer oder Verkäufer von den mangelfreien getrennt werden können (z. B. der Registerband eines größeren Werkes ist defekt),

---

[1]) ALR. I, 11 § 232 und I, 5 § 400.

[2]) Vgl. Windscheid § 394 S. 441 und Mot. II S. 231. Ebenso Sächs. BGB. § 918, aber anders ALR. I, 5 §§ 327 f., code civil art. 1647.

[3]) Dann ist der Käufer also auf Minderung bezw. Schadensersatz beschränkt.

[4]) Nämlich so gering, daß das Interesse des Käufers an dem Grundstücke dadurch nicht tangiert wird; vgl. oben S. 66.

[5]) Hinsichtlich der Preisreduktion, welche hier im Falle der Wandelung wegen einzelner Sachen eintreten muß, vgl. § 471 und dazu wegen der gleichen Berechnungsweise in § 472 II unten S. 408 Anm. 1, wegen § 473 I unten S. 408 f.

[6]) Ohne darum gerade einen Sachinbegriff (eine Sachgesamtheit vgl. oben S. 211, sowie ALR. I, 5 §§ 339 ff.) darstellen zu müssen. Mot. II S. 235.

Digitized by Google

so kann jeder Teil, seit der II. Lesung selbst der Verkäufer, auf gänzlicher Wandelung bestehen.

Für die Minderung im besondern ergibt sich als wichtigste Frage die nach der Berechnung desjenigen Betrages, um welchen der Kaufpreis gekürzt werden soll. Der gemeinrechtlichen Kontroverse und den Verschiedenheiten der Kodifikationen ein Ende machend, hat sich das BGB. (§ 472 I)[1]) dem im sächsischen BGB.[2]) und im Dresdener Entwurfe[2]) vertretenen „relativen Prinzipe" angeschlossen. Darnach läßt sich der abzuziehende bezw. zurückzuerstattende Betrag in Form einer Gleichung folgendermaßen ermitteln: Nennt man den Wert, den die Sache zur Zeit des Verkaufs in mangelfreiem Zustande gehabt hätte, a, den Wert, den sie zur gleichen Zeit im mangelhaften Zustande gehabt hätte, b und den Kaufpreis c, so lautet die Gleichung $a : b = c : x$ oder $x = \frac{b \cdot c}{a}$, wobei dann x den adäquaten Kaufpreis der mangelhaften Sache angibt, so daß also die Minderung $y = c - x = c - \frac{bc}{a} = \frac{c(a-b)}{a}$ beträgt.[3]) Dieses sehr einfache Prinzip stößt nun sofort auf Schwierigkeiten, wenn die Sache nicht blos mit barem Gelde, sondern zugleich mit Leistungen des Käufers vergütet werden sollte (z. B. der Zeitungsschreiber erhält den Sommeranzug billiger, weil er sich zugleich zu einem Reklameartikel oder zu einem Hochzeitsfestspiel für den Verkäufer verpflichtet), oder wenn überhaupt, wie beim Tausche (§ 515), gar kein Kaufpreis festgesetzt worden ist und das eine der Tauschobjekte mangelhaft, das andere mangelfrei ist. Für derartige Fälle bestimmt § 473,[4]) daß auch die Leistungen (bezw. die Tauschobjekte) in Geld ver-

[1]) Zu BGB. § 472 II vgl. § 471 Satz 1 (oben S. 407 Anm. 5).

[2]) Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 919, Dresdner Entwurf Art. 185.

[3]) Setzt man also für a 80 ℳ, für b 60 ℳ, für c 100 ℳ ein, so beträgt die Minderung $\frac{100 \cdot (80-60)}{80} = 25$ ℳ, der adäquate Kaufpreis $\frac{100 \cdot 60}{80} = 75$ ℳ

[4]) Auf ihn gehen weder Endemann (S. 722 f.), noch Schollmeyer S. 19, noch Meisner S. 120/121 ein.

Digitized by Google

anschlagt und dann von der Summe des wirklich verabredeten Kaufpreises und des Geldwertes der Leistungen (bezw. vom Wert des fehlerfreien Tauschobjektes) so viel abgezogen wird, als die obige Gleichung ergibt; da es nun aber kommen kann, daß dieser Abzug höher ist, als der Preis für die verkaufte Sache (in unserm Beispiele für den Sommeranzug), so muß alsdann dem Käufer der Überschuß in bar vergütet werden. Dieser Fall wird freilich nur eintreten bei besonders hohem Werte der Arbeit und besonders geringem Wert der Sache.[1])

Bei Beteiligung mehrerer Personen als Käufer oder als Verkäufer kann die Wandelung zufolge §§ 467, 356 (vgl. oben S. 370) nur von allen und gegen alle erklärt werden; sie ist daher (§ 474 II) ausgeschlossen, sobald einer der Käufer Minderung beanspruchte und einer der Verkäufer hierin einwilligte; denn die Minderung kann durch und gegen jeden einzelnen der Beteiligten geltend gemacht werden (§ 474 I).

Die Einführung kürzerer Verjährungsfristen für die ädilitischen Rechtsbehelfe und die Schadensersatzleistung entspricht dem Verkehrsbedürfnisse, der Schwierigkeit einer Mängelfeststellung nach Ablauf längerer Zeit und dem geltenden Rechte, insbesondere auch dem Handelsrechte.[2]) Um im Prinzip die Grundsätze über Verjährung (und nicht etwa die über Präklusivfrist) anwendbar zu machen, hat das Gesetzbuch die genannten Ansprüche ausdrücklich als „Ansprüche" bezeichnet[3]) (§ 477 I a. A.). Die Fristen sind bei allen drei Ansprüchen gleich,[4]) nur nach dem Objekte und nach dem Beginne

[1]) Der mit 70 M. ausgezeichnete Anzug wurde von dem „Verkäufer" für 20 M verkauft, indem er das Festspiel mit 50 M. anrechnete; der Richter schätzt den Wert des tadelfreien Anzuges auf 50 M., den des fehlerhaften auf 35 M., den Wert des Festspiels auf 60 M. Dann ist in obiger Gleichung a = 50, b = 35 und c = 20 + 60 = 80 und die Minderung $= \frac{c(a-b)}{a} = \frac{80 \cdot 15}{50} = 24$, der adäquate Kaufpreis mithin = 70 — 24 = 46. Da der „Käufer" bereits in Form seines Festspiels 60 M. gezahlt hat, darf er noch 14 M. beanspruchen.

[2]) Vgl. HGB. Art. 349 f., ALR. I, 5 §§ 343 ff.

[3]) Vgl. Mot. II S. 238 und auch Endemann S. 33 (Schollmeyer S. 17 ff.).

[4]) Anders im gemeinen Recht. Vgl. Windscheid § 393 S. 438.

Digitized by Google

ihres Laufes verschieden: bei Grundstücken[1]) ein Jahr nach der Übergabe, dagegen bei Mobilien 6 Monate nach der Ablieferung, weil[2]) diese z. B. bei Übergabe mittels constitutum posessorium oder mittels Übersendung von Lagerschein oder Konnossement so spät nach der Übergabe erfolgen kann, daß die Frist, wenn sie von der Übergabe berechnet würde, schon verstrichen wäre, bevor der Käufer in die Lage kommt, die Sache auf Mängel zu untersuchen.

Sehr zweckmäßige Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen über Verjährung (vgl. insbes. BGB. §§ 225, 209 II), sind die folgenden: Die Verjährungsfrist darf auch verlängert werden (§ 477 I Satz 2), um dem Käufer auf diese Weise eine längere Garantie zu sichern; sie wird auch durch einen Antrag des Käufers auf gerichtliche Beweisaufnahme[3]) unterbrochen (§ 477 II),[4]) und wenn bezüglich eines der drei Ansprüche die Verjährung gehemmt oder unterbrochen wird, kommt dies auch den andern beiden Ansprüchen zu Gute (§ 477 III), so daß der Käufer also nach einer aus formellen Gründen erfolgten Abweisung eines der Ansprüche noch immer die andern geltend machen darf,[5]) die doch dem gleichen Zwecke zu dienen bestimmt sind.[6]) Auch trotz wirklich eingetretener Verjährung kann der Käufer die Gewährleistungsansprüche im Wege der Einrede (§ 478 I Satz 1) und speziell auch seinen Schadensanspruch mittels Aufrechnung (§ 479) zur Geltung bringen, wenn er nur vor Vollendung der Verjährung eine Mängelrüge mindestens abgesendet oder (§ 478 I Satz 2) eine Beweiserhebung beantragt oder in seinem Prozesse mit einem späteren Erwerber eine Streitverkündung an seinen Auctor vorgenommen hat. Diese Rechtshandlungen genügen mithin, um ihn zu decken, und er hat daher nicht

---

[1]) Das ALR. I, 5 § 343 unterschied noch Landgüter und städtische Grundstücke. — Ob Fehler oder Mängel zugesicherter Eigenschaften den Grund des Rechtsbehelfs bilden, ist ebenfalls gleichgültig.

[2]) Kommissionsprot. S. 702.

[3]) Vgl. Novelle zur CPO. § 449a (Reichstagsvorlage Nr. 92).

[4]) Einer Verdunkelung des Thatbestandes wird ja durch die Beweisaufnahme vorgebeugt (Kommissionsprot. S. 704).

[5]) Kommissionsprot. nach Haiblen S. 541/542.

[6]) Denkschrift S. 96.

Digitized by Google

nötig, wegen der Mängel seinerseits klagend vorzugehen, wenn ihn der Verkäufer noch garnicht zur Zahlung aufgefordert hat.[1])

Bei arglistiger Verschweigung der Mängel durch den Verkäufer sind sogar (§ 478 II, § 479 Satz 1) auch jene Rechtshandlungen zur Perpetuierung der Einreden und der Aufrechnung entbehrlich.

Bei Gattungssachen tritt neben die Wandelung und Minderung[2]) und neben den Anspruch auf Schadensersatz (dessen materielle Voraussetzungen hier nach dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges[3]) bemessen werden, § 480 II) ein Anspruch des Käufers auf Erfüllung des Vertrages[4]) durch Lieferung eines mangelfreien Stückes (§ 480 I), nicht etwa jedoch ein Anspruch des Verkäufers auf Abnahme eines solchen Ersatzstückes.

§ 97. Insbesondere die Gewährleistung bei Viehmängeln.

Für die Gewährleistung wegen Viehmangels[5]) wird zwar im allgemeinen durch § 481 auf die soeben vorgetragenen Grundsätze von der Gewährleistung überhaupt[6]) Bezug genommen, durch §§ 482—492 aber eine Reihe von Modifikationen eingeführt, die wesentlich deutschrechtlichen Charakters sind[7]) (vgl. oben S. 56),

[1]) Kommissionsprot. S. 703.

[2]) Im gemeinen und preußischen Recht war es nicht unbestritten, ob diese Ansprüche bei Genussachen überhaupt gegeben sind.

[3]) Denn in diesem Momente (oben S. 400 f.) wird die Gattungsschuld erst konkretisiert; vgl. oben S. 319.

[4]) Auf diesen (theoretisch anders gearteten) Anspruch finden dann (§ 480 I Satz 2) die Vorschriften über die Wandelung oder Minderung (§§ 464 bis 479) Anwendung mit Ausnahme der nicht passenden §§ 467 Satz 2, 471—473.

[5]) Vgl. Dieckerhoff, die Gewährleistung beim Viehhandel im Entwurfe eines BGB. (Berlin 1895).

[6]) Mit Ausnahme des garnicht passenden § 468 (oben S. 407).

[7]) Ueber die im einzelnen innerhalb Deutschlands bestehende, sehr verschiedenartige Gestaltung vgl. Mot. II S. 246 ff. und Denkschrift S. 99. In Mot. II S. 248 f. auch über Aeußerungen aus den Kreisen der Sachverständigen (Tierärzte, Landwirte) und seitens der deutschen Regierungen. Vgl. auch Kommissionsprot. S. 726. Auch das sog. gemischte Prinzip wurde abgelehnt: nach diesem wird (Mot. II S. 244, Denkschrift S. 99) im allgemeinen wie nach römischem Recht und wie bei andern Sachmängeln für alle verborgenen Mängel gehaftet, welche in dem für die Haftung entscheidenden Augenblick erweislich vorhanden waren; dagegen wird bei „Nachtkrankheiten", (d. h. bei den binnen 24 Stunden hervortretenden) und bei gewissen, innerhalb gewisser Fristen offenbar werdenden Mängeln bestimmter Haustiere

Digitized by Google

während das gemeine Recht zwischen Viehmängeln und anderen Mängeln nicht unterschied.

Zu vertreten sind nur Fehler bei den in § 481 aufgezählten Tierarten[1]) und auch bei ihnen nur „Hauptmängel". Was darunter zu verstehen ist und ebenso, wie groß die „Gewährfristen" sein sollen (§ 482 I),[2]) des genaueren zu bestimmen, ist zweckmäßiger Weise einer mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassenden Kaiserlichen Verordnung[3]) anheimgestellt worden (§ 482 II).[4])

„Minderung" ist gänzlich ausgeschlossen[5]) (§ 487 I). Der „Wandelung" steht indessen die vom Käufer verschuldete Verschlechterung, Verarbeitung (insbesondere das Schlachten) u. s. w. (§§ 351 ff., oben S. 369) nicht entgegen (§ 487 II); für den Käufer aber besteht dann eine Pflicht zur Vergütung des Wertes (§ 487 II Satz 1) bezw. der Wertverminderung; letzteres (§ 487 III), wenn vor Ankündigung und Annahme der Wandelungserklärung eine Verschlechterung des Tieres eintrat, die der Käufer verschuldet hat, und ferner unter Abzug der vom Käufer trotz der Krankheit des Tieres etwa gezogenen Nutzungen (§ 487 IV). Der Käufer kann andererseits im Falle der Wandelung Vergütung für gewisse notwendige Aufwendungen beanspruchen, welche § 488 nennt.

Die Gewährfrist, deren Lauf mit Ende des Tages des Gefahrüberganges beginnt (§ 483), hat den in § 484 angedeuteten Zweck, eine widerlegbare Vermutung zu Gunsten des Käufers zu

das Vorhandensein des Mangels zur entscheidenden Zeit präsumiert. Vgl. ALR. I, 11 §§ 192 f., 199 ff., Anh. §§ 13, 14 zu § 204; Sächs. BGB. §§ 924 ff.

[1]) Bei anderen Tieren (z. B. Geflügel, Fische, Wild, Hunde und Katzen) gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 459 ff.

[2]) Sie können durch Vertragsabrede modifiziert werden, § 486; vgl. oben S. 410.

[3]) Aehnlich wie z. B. für gewisse Fragen der Unfall- und der Invaliditäts- und Altersversicherung; vgl. Unfallversicherungsgesetz §§ 50 IV, 90 IV, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz §§ 74 V, 82 und 133 III und dazu Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, S. 569 sub A I 2, II, 1; S. 829 sub A I und II und S. 929 sub 3a.

[4]) Ueber die Gründe für diese Bestimmung vgl. Mot. II S. 253/254 und Denkschrift S. 101.

[5]) Denkschrift S. 102: „Erfahrungsgemäß liegt beim Viehhandel die Gefahr eines Mißbrauchs des Minderungsrechts besonders nahe". — Vgl. auch Mot. II S. 257.

Digitized by Google

bewirken, daß der Fehler schon vor dem Gefahrübergange vorhanden war, und ferner den in § 485 angedeuteten Zweck, daß — abgesehen von arglistigem Verschweigen[1]) des Mangels durch den Verkäufer — der Käufer zu baldiger (binnen zwei Tagen nach Ablauf der Gewährfrist[2]) erforderlicher) Anzeige an den Verkäufer, Klageerhebung, Streitverkündung oder Beantragung gerichtlicher Beweisaufnahme gezwungen wird, wenn er nicht einen gänzlichen Verlust seiner Ansprüche erleiden will.[3])

Hat der Käufer diese formalen Vorbedingungen erfüllt, so kommt für die Wandelung selbst und für den Schadensersatz wegen eines trotz gegenteiliger Versicherung vorhandenen Hauptmangels eine neue im Interesse des Verkäufers wesentlich verkürzte, nämlich nicht sechsmonatliche, sondern nur sechswöchentliche Frist in Betracht (§ 490 I Satz 1), die eine echte Verjährungsfrist ist und für deren vertragsmäßige Prolongierung und für deren Unterbrechung im übrigen das Gleiche, wie wegen der ädilitischen Rechtsbehelfe (§ 477, oben S. 410) gilt (§ 490 I Satz 2).[4]) Die Zahlungsweigerung nach Vollendung der Verjährung und die Aufrechnungsbefugnis dagegen sind von den formalen Voraussetzungen des § 478 f. unabhängig, auch wenn keine arglistige Verschweigung des Mangels vorliegt (§ 490 III).

Während des Prozesses darf jede Partei, um das Anschwellen der Unterhaltungskosten zu verhindern, nach stattgehabter Besichtigung des Tieres dessen öffentliche Versteigerung und die Hinterlegung des Erlöses beantragen (§ 489), und nach § 491 gilt dies, sowie die Pflicht des Verkäufers zur Erstattung der notwendigen

[1]) Dann greift Schadensersatzpflicht mit der gewöhnlichen Verjährungsfrist Platz.

[2]) Bei Tod des Tieres vor Ablauf der Gewährfrist beginnt die zweitägige Frist zur Anzeige u. s. w. mit dem Tode des Tieres: § 485 Satz I. — Die zweitägige Nachfrist wurde mit Rücksicht darauf bestimmt, daß sich der Mangel vielleicht erst kurz vor Ablauf der Gewährfrist selbst herausstellt und die tierärztliche Untersuchung nicht sofort stattfinden kann (Denkschrift S. 102).

[3]) Vgl. auch Kommissionsprot. S. 738.

[4]) Auch § 490 II sorgt für Beschleunigung, indem er die sechsmonatliche Frist der §§ 210 (Satz 1), 212 (II Satz 1) und 215 (II Satz 1) — vgl. oben S. 300 ff. — gleichfalls auf sechs Wochen herabsetzt.

Digitized by Google

Aufwendungen (§ 488, oben S. 412) und endlich die eben erwähnte Vorschrift des § 490 auch, wenn bei Verkauf eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres der Käufer von seinem besonderen Anspruche auf Lieferung eines mangelfreien Exemplars Gebrauch macht.

Dieselben Bestimmungen nebst denen des § 487 (I—IV, oben S. 412) kommen ferner zufolge § 492 zur Anwendung, wenn der Verkäufer versprochen hat, für einen nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehler einzustehen. Wenn in diesem Falle außerdem eine Gewährfrist verabredet war, so gilt über diese und über ihre Wirkung[1]) das Gleiche, wie betreffs der Hauptmängel; ist eine solche Frist nicht verabredet, so setzt die sechswöchentliche Verjährung der Wandelungs- oder Ersatzklage (§ 490 I) mit der Ablieferung des Tieres ein.

Die geschilderte Regelung der Gewährleistung bei Viehmängeln dürfte das Lob der Zweckmäßigkeit[2]) verdienen, da sie — abgesehen von Erhöhung der Rechtssicherheit für Deutschland und von Verminderung der Prozesse — wesentliche Vorteile für den Viehhandel und somit auch für die Landwirtschaft zur Folge haben wird.[3])

§ 98. Besondere Arten des Kaufes.

Als „Besondere Arten" des Kaufes bespricht das BGB. (Tit. I Nr. III) nur 1. (§§ 494—496) den Kauf nach und auf Probe, 2. (§§ 497—503) den Wiederkauf und 3. (§§ 504—514) den Vorkauf. Dagegen schweigt es über den Kauf zur Probe, über den Hoffnungskauf (emtio spei und emtio rei speratae), über den Lieferungsvertrag und an dieser Stelle auch über den in Buch V Abschnitt 9 §§ 2371—2385 behandelten Erbschaftskauf.

§ 99. Insbesondere der Kauf nach Probe und der Kauf auf Probe.

Für Kauf nach Probe und Kauf auf Probe schließt sich das BGB. dem bewährten Vorgange des HGB. Art. 340 und 339 an. Also auch hier gilt der Kauf nach Probe (oder nach Muster, § 494), als unbedingtes Rechtsgeschäft, bei welchem der

[1]) Natürlich nicht aber über ihre Prolongierbarkeit (§ 486, oben S. 412 Anm. 2).

[2]) Daß man ihr den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit gemacht hat (vgl. auch Kommissionsprot. S. 724/725), spricht natürlich nicht mit.

[3]) Vgl. auch Kommissionsprot. S. 725 f., Denkschrift S. 100.

Digitized by Google

Verkäufer die Probemäßigkeit zu vertreten und im allgemeinen auch zu beweisen[1]) hat.

Der Kauf auf Probe (oder auf Besicht, §§ 495 f.),[2]) bindet zwar den Verkäufer, nicht aber den Käufer, dem es völlig freigestellt ist, ob er die Ware billigen oder mißbilligen will; um ihm aber die zu dieser Entscheidung erforderliche Untersuchung zu ermöglichen, gibt ihm das BGB. § 495 II (nach dem Vorgange des sächsischen BGB. § 1102) einen klagbaren Anspruch gegen den Verkäufer, die Untersuchung zu gestatten.[3]) Wenn das Gesetzbuch auch die an sich rein wissenschaftliche Frage nach der rechtlichen Konstruktion des Kaufes auf Probe beantwortet, und zwar (§ 495 I Satz 2) in Übereinstimmung mit dem HGB. dahin, daß das Geschäft in dubio als durch die Billigung der Ware suspensiv bedingt zu betrachten sei, so erklärt sich dieser Streifzug ins Gebiet der Doktrin aus dem Bestreben, den theoretischen, von wichtigen praktischen Folgen[4]) begleiteten Zweifeln vorzubeugen.[5]) — Der Verkäufer kann sich (§ 496 Satz 1) der Ungewißheit, ob der Käufer billigen werde oder nicht, durch Abrede und eventuell durch Fristsetzung entziehen.[6]) Dies und die ungünstige Einwirkung eines Stillschweigens des Käufers (§ 496 Satz 2) sind Grundsätze, die wir aus dem Handelsrecht kennen und durch welche weitere partikularrechtliche[7]) Präsumtionen über Genehmigung oder Nichtgenehmigung nunmehr abgeschnitten sind.

[1]) Ueber die Beweislast (Identität der Probe und Probemäßigkeit der Ware) und über des Käufers eventuelle Pflicht zur Aufbewahrung der ihm ausgehändigten Probe schweigt BGB. absichtlich (Mot. II S. 332/3), doch steht für diese Frage ausreichende ältere Judikatur zu Gebote. Vgl. auch Meisner S. 130 Anm. 2

[2]) Daß ein solcher qualifizierter Kauf vorliegt, muß, wenn der Käufer durch diese Behauptung das Vorliegen eines unbedingten Kaufes bestritt, der Verkäufer durch den Nachweis unbedingten Kaufes widerlegen. Vgl. Meisner S. 130 a. E.

[3]) Wird ihm zum Zwecke der Untersuchung die Sache übergeben, so bleibt die Gefahr beim Verkäufer. Die Pflicht zu sorgsamer Bewachung der Sache (vgl. ALR. I, 11 §§ 338 f.) versteht sich ebenfalls von selbst. Vgl. Mot. II S. 334 und 335.

[4]) Z. B. über die Geschicke der Früchte, über Gefahrtragung u. s. w.

[5]) Mot. II S. 334.

[6]) Dabei ist er nicht genötigt (wie nach ALR. I, 11 § 337), die Vermittelung der Gerichte in Anspruch zu nehmen.

[7]) Z. B. ALR. I, 11 § 334.

Digitized by Google

§ 100. Insbesondere der Wiederkauf.

Der Wiederkauf ist nach dem BGB. (§§ 497—503) ebenso wie der Kauf selber ein zweiseitiger, Zug um Zug zu erfüllender [1]) Vertrag, der (§ 497 I) mit der formlosen [2]) Erklärung des Verkäufers an den Käufer zu stande kommt, daß er von seinem Wiederkaufsrecht Gebrauch mache. Der Verkäufer und Wiederkäufer hat alsdann die Pflicht der Zahlung des Kaufpreises; als solcher gilt in dubio (§ 497 II) der erste Verkaufspreis. [3]) Wurde indessen etwa mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Veränderung der Konjunkturen [4]) der Schätzungswert zur Zeit des Wiederkaufs als neuer Kaufpreis vereinbart (§ 501), so alteriert dies zugleich die sonstigen Pflichten der Parteien, für deren Abmessung zwar nicht die Tendenz gänzlicher Wiederbeseitigung des ersten Kaufvertrages herrscht, wohl aber das Bestreben, keinem Teile unbillige Einbußen aufzuzwingen oder unbillige Vorteile einzuräumen. Nur bei Abrede des Schätzungswertes kommt also [5]) (§ 501) die in § 498 II sanktionierte Haftung des Käufers und Wiederverkäufers für Verschlechterung, Untergang u. s. w. [6]) und die in § 500 sanktionierte Pflicht des Verkäufers und Wiederkäufers zum Ersatze einer Werterhöhung durch Verwendungen in der Zwischenzeit [7]) in Fortfall. — Der Wiederverkäufer hat jedesfalls auch die jetzigen Zubehörstücke herauszugeben (§ 498 I) und Rechte Dritter zu beseitigen, die in der Zwischenzeit von ihm selber oder mittelst Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder im Konkurse an dem Vertragsobjekte be-

[1]) Vgl. Kommissionsprotok. (nach Haidlen S. 567 zu § 500).

[2]) Selbst wenn der Gegenstand unbeweglich ist, findet § 313 (oben S. 240) nicht Anwendung. Vgl. Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 579 zu § 505).

[3]) Ebenso nach gemeinem Recht (vgl. Windscheid II § 388 S. 412/413) und ALR. I, 11 § 296.

[4]) Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 566) unter guter Bezugnahme auf die Fälle einer für das Grundstück vorteilhaften oder unvorteilhaften Straßenverlegung.

[5]) Selbst bei Verschulden des Käufers (Mot. II S. 344).

[6]) Ist der Schätzungswert nicht verabredet, so tritt diese Haftung nur bei Verschulden, bezw. bei wesentlicher Veränderung des Gegenstandes ein (§ 498 II Satz 1), wogegen mangels Verschuldens und bei unwesentlicher Veränderung keine Preisreduktion erfolgt (§ 498 II Satz 2).

[7]) Wegen dieser Verwendungen hat der Wiederverkäufer nach allgemeinen Grundsätzen (oben S. 334) ein Retentionsrecht (Kommissionsprot. nach Haidlen S. 567 zu § 500).

Digitized by Google

gründet wurden (§ 499); er besitzt aber andererseits ein jus tollendi bezüglich solcher Einrichtungen, mit denen er die Sache inzwischen versehen hat (§ 500 Satz 2).

Das Wiederkaufsrecht wirkt nur unter den Parteien (obligatorisch), nicht[1]) gegenüber Dritten (dinglich), sogar wenn diese davon wußten bezw. wenn es — was nach BGB. unzulässig ist[2]) — betreffs eines Grundstücks im Grundbuche eingetragen war. Es ist ferner[3]) vererblich und abtretbar, aber unteilbar;[4]) mehrere Wiederkaufsberechtigte dürfen es daher nur insgesamt ausüben (§ 502). Seine Ausübung ist (§ 503) an Einhaltung der vereinbarten Frist gebunden, aber auch mangels einer solchen Fristbestimmung nicht unbegrenzt — selbst wenn verabredet wäre,[5]) daß es für alle Zeiten gelten solle, und selbst gegenüber einem Verkaufe in Notlage[6]) —; sie ist vielmehr bei Mobilien und Rechten auf 3 Jahre, bei Immobilien auf 30 Jahre nach seiner Abrede festgesetzt worden.[7])

§ 101. Insbesondere der Vorkauf.

Endlich das Vorkaufsrecht (§§ 504—514).[8]) Dies ist gleich dem Wiederkaufsrecht (S. 416 f.) durch formlose Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten auszuüben (§ 505 I), gleich diesem unteilbar (§ 513), aber im Gegensatze zu ihm höchstpersönlich, insbesondere unübertragbar[9]) und im Prinzipe[10]) unvererblich[11]) (§ 514 Satz 1). Die mangels vertragsmäßiger Bestimmung auch hier Platz greifende gesetzliche Präklusivfrist (§ 510 II) beträgt im allgemeinen eine Woche, bei Immobilien[12]) zwei Monate; doch wird hier die Frist vom Empfange der Mitteilung über den vom

[1]) Anders ALR. I, 11 §§ 311, 264 f.
[2]) Mot. II S. 339.
[3]) Auch hier anders ALR. I, 11 §§ 312, 317.
[4]) Ebenso nach ALR. I, 11 § 320.
[5]) Auch hier anders ALR. I, 11 § 317; vgl. daselbst § 315.
[6]) Hier kann eventuell § 138 II helfend eingreifen.
[7]) Der I. Lesung fehlte diese Bestimmung.
[8]) Katz, Die Lehre vom Vorkaufsrecht nach dem BGB., Erlanger Inaugural-Dissertation, Leipzig 1898.
[9]) Vgl. ebenso ALR. I, 20 § 594. Wurde das Vorkaufsrecht ausgeübt, so ist der weitere obligatorische Anspruch natürlich übertragbar (Mot. II S. 351).
[10]) Ebenso ALR. I, 20 §§ 594, 596. Vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 575 zu § 514.
[11]) Ausgenommen in dubio bei Beschränkung auf eine bestimmte Zeit (§ 514 Satz 2).
[12]) Ebenso ALR. I, 20 §§ 609 f.

Digitized by Google

Verpflichteten mit einem Dritten geschlossenen Vertrag und dessen Inhalt berechnet.[1])

Denn da das Vorkaufsrecht von der Thatsache abhängt, daß der Verpflichtete über das Objekt mit einem Dritten einen Kaufvertrag[2]) abgeschlossen hatte (§ 504), so wird es nur durch Kenntnis des Vorkaufsberechtigten von jenem Vertrage in Bewegung gesetzt, wozu freilich auch (§ 510 I Satz 2) eine Mitteilung seitens jenes — an der Entscheidung des Berechtigten interessierten — Dritten genügt.

Macht der Berechtigte von dem Vorkaufsrechte Gebrauch, so muß nunmehr er in die vom Dritten übernommenen Verpflichtungen eintreten,[3]) (§ 505 II) bezw. er muß, wenn er zu der vom Dritten versprochenen Nebenleistung subjektiv unfähig ist,[4]) deren Wert[5]) entrichten. — Bei einem nicht blos auf das Objekt des Vorkaufsrechts gerichteten, zu einem Gesamtpreise verabredeten „Mengekauf"[6]) ist der Vorkaufsberechtigte zur Zahlung eines verhältnismäßigen Teiles jenes Gesamtpreises verpflichtet, der andere Teil aber nur dann zu dem Anspruche auf Abnahme des ganzen mit dem Dritten verabredeten Objektes berechtigt, wenn er[7]) nachweisen kann, daß die Trennung ihm Nachteil bringen würde (§ 508). — Eine dem Dritten bewilligte Stundung kann der Vorkaufsberechtigte im allgemeinen nicht auch für sich in Anspruch nehmen[8]) (§ 509 I).

[1]) Unterbleibt die Mitteilung, so behält es sein Bewenden bei der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung, doch wird der Verpflichtete schadensersatzpflichtig (Mot. II S. 348, 352).

[2]) Aber nur einen solchen (Mot. II S. 345), nicht Tausch oder (Kommissionsprot. bei Haidlen S. 574 zu § 541) Schenkung. Im Zweifel auch nicht (§ 511, vgl. ALR. I, 20 § 584 und Kommissionsprot. a. a. O.) die sog. antecipierte Erbfolge. Interpretationsregeln für bezw. gegen einen wirklichen Verkauf (ALR. I, 20 §§ 575 ff.) bietet das BGB. nicht.

[3]) Die Kommissionsprot. bei Haidlen S. 570 machen darauf aufmerksam, daß es sich nicht etwa um einen bloßen Eintritt in die Verbindlichkeit des Dritten, sondern um einen neuen selbständigen Vertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und verpflichteten handelt.

[4]) Vgl. dazu ALR. I, 20 §§ 581 ff. wegen Uebernahme einer Verpflegung des Verkäufers.

[5]) Es wird der Geldwert der Leistung zur Erfüllungszeit geschätzt (Mot. II S. 349).

[6]) Mot. II S. 349. Vgl. dazu ALR. I, 20 § 607.

[7]) Kommissionsprotok. bei Haidlen S. 572 zu § 508.

[8]) Ausnahme, wenn er sich zu

Digitized by Google

Der Vorkauf ist ausgeschlossen: wenn die vom Dritten übernommene Nebenleistung wesentlich und nicht in Geld schätzbar ist (§ 507 Satz 2), und wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung[1]) — mittels Auktion oder aus freier Hand, aber jedesfalls durch den Gerichtsvollzieher[2]) — oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 512). Dies weist auf die rein obligatorische Wirkung des Vorkaufsrechtes hin, das den Berechtigten lediglich zum Eintritte in den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag berechtigt, aber dem Dritten keine Schmälerung seiner im Wege des Zwanges gegen den ersten Käufer erworbenen Rechte bringen darf. Zwischen dem Kaufberechtigten und dem Dritten bestehen, selbst wenn dieser von dem Vorkaufsrecht wußte, keine Ansprüche (auf Herausgabe bezw. Schadenserſatz),[3]) und eine zwischen diesem Dritten und dem Verpflichteten getroffene Abrede, daß der Verkauf von Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig oder daß bei seiner Ausübung der Verpflichtete rücktrittsberechtigt sein solle, ist für den Vorkaufsberechtigten selber gleichgültig (§ 506).[4])

Dingliche Wirkung besitzt das Vorkaufsrecht also nicht; das BGB. hat vielmehr das dingliche Vorkaufsrecht — an Grundstücken — (§§ 1094 ff.) scharf von dem persönlichen Vorkaufsrechte der §§ 504 ff. getrennt, während das ALR. diesen Unterschied verwischte, indem es das Vorkaufsrecht in I, 20 Abschnitt 3 zugleich mit dem „Näherrecht" behandelte.

Auch wegen des Vorkaufsrechts der Miterben enthält das BGB. in §§ 2034 f. einige besondere Vorschriften. Dagegen finden

---

Sicherheitsleistuug erbietet (§ 509 I, vgl. ALR. I, 20 § 621), wofür aber (§ 509 II) Einräumung einer Hypothek oder Uebernahme bereits eingetragener Hypotheken genügt, selbst wenn sie aus den Grenzen pupillarischer Sicherheit (BGB. § 1807 I Nr. 1 u. 2) herausfällt (Kommissionsprot. bei Haidlen S. 573).

[1]) Ueber die Behandlung des dinglichen Vorkaufsrechts (§§ 1094 ff., s. weiter unten im Text) bei der Zwangsvollstreckung s. jetzt das Ges. v. 24. März 1897 (oben S. 43) § 52 I, 91.

[2]) Mot. II S. 350.

[3]) Mot. II S. 347. Anders ALR. I, 20 § 630, das (§§ 626 ff.) auch in den Konsequenzen zwischen den Parteien des Vorkaufsrechtes insofern abweicht, als es nach Uebergabe der Sache an den Dritten den (persönlich) Verpflichteten nur für Schadensersatz haftbar macht.

[4]) Anders ALR. I, 20 §§ 618 f.

Digitized by Google

bei einem durch letztwillige Verfügung begründeten Vorkaufsrecht die vorher dargestellten allgemeinen Vorschriften ebenso Anwendung, wie bei einem vertragsmäßig begründeten.[1]) Gesetzliche Vorkaufsrechte sind dem BGB. ganz unbekannt.

§ 102. Der Tausch.

Der Tausch (§ 515) ist als doppelter Kaufvertrag zu betrachten, bei welchem jeder Teil betreffs seiner Leistung als Verkäufer, betreffs der Gegenleistung des andern Kontrahenten als Käufer zu behandeln ist. Demnach finden insbesondere die Grundsätze von der Gewährleistung ohne jede Modifikation[2]) sinngemäße Anwendung.[3])

Zweiter Titel. § 103. Die Schenkung.

Die im zweiten Titel §§ 516—534 erörterte Schenkung ist, wie nach bisherigem Recht,[4]) ein Vertrag, welcher die Willenseinigung der Kontrahenten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraussetzt (§ 516 I), ferner aber die Bereicherung des Beschenkten aus dem bereits erworbenen Vermögen des Schenkers. Darum ist (§ 517) eine Schenkung nicht anzunehmen[5]) z. B. bei unentgeltlicher Mitwirkung in einem Wohlthätigkeitskonzerte oder wenn der eine Teil zu Gunsten des andern Teiles lediglich auf einen Vermögenserwerb (z. B. auf ein vorteilhaftes Geschäft) verzichtet oder auf ein ihm zwar schon angefallenes, aber noch nicht endgültig in sein Vermögen übergegangenes Recht[6]) oder auf einen ihm in Zukunft als Erbschaft oder Vermächtnis[7]) winkenden Zuwachs.

Als Vertrag unterliegt die Schenkung den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Verträge (oben S. 349 ff.), insbesondere auch betreffs der Voraussetzungen in der Geschäftsfähigkeit des Beschenkten[8]) und

---

[1]) Vgl. Mot. II S. 345.

[2]) Während z. B. ALR. I, 11 §§ 367 ff. einige Sondervorschriften bietet.

[3]) Unanwendbar sind jedoch (vgl. oben S. 418 Anm. 2) die Grundsätze vom Vorkaufsrecht.

[4]) Vgl. ALR. I, 11 § 1037.

[5]) Vgl. ebenso für das gemeine Recht Windscheid § 365 Anm. 3 u. 6 S. 341 ff., ALR. I, 11 § 1039 (I, 16 § 393).

[6]) Hierher rechnen Mot. II S. 290 auch den Verzicht auf künftig verfallende Zinsen; anders Endemann S. 740 Anm. 12.

[7]) Wegen Erlaß des Pflichtteilsanspruchs (§ 2317 f.) vgl. Mot. II S. 291.

[8]) Es kann also nicht (wie nach ALR. I, 11 § 1060) statt des Geschäftsunfähigen jeder Dritte acceptieren.

Digitized by Google

für Ausschluß der Acceptation durch die Erben.[1]) Das Motiv der Schenkung (liberale oder egoistische Absicht; remuneratorische Schenkung) ist gleichgültig und ergibt nach BGB.[2]) keine besonderen Abweichungen von den sonstigen Vorschriften über die Schenkung, insbesondere über ihre Form. Ebenso sind Schenkungen unter Ehegatten statthaft; Vermutungen für die Schenkungsabsicht z. B. unter Verwandten[3]) hat das Gesetzbuch nicht aufgestellt. Auch ist es im allgemeinen belanglos, ob die Schenkung mit oder ohne den Willen des Beschenkten erfolgt; doch kann auf die auch im letztgenannten Falle unentbehrliche Annahmeerklärung des Begünstigten der Zuwendende durch Fristsetzung einen Druck ausüben (§ 516 II).

Das geschenkte Objekt interessiert ebensowenig; nur bei Schenkung eines ganzen Vermögens oder einer Erbschaft greifen einige Sondernormen (§§ 310 ff., 419, 2385 II) Platz; desgleichen für die Schenkungen, welche zur Begründung einer Stiftung führen sollen (§§ 81 f.)

Nicht minder unerheblich ist es, ob die Schenkung dando, obligando oder liberando (d. h. durch Verschaffung eines dinglichen Rechts oder durch Begründung einer Forderung oder durch Befreiung von einer Schuld oder Last)[4]) erfolgt. Hiermit darf aber nicht die Frage verwechselt werden und von Bedeutung ist es allerdings, ob die Schenkung sofort vollzogen wird (sog. „Handgeschenk") oder ob sie blos in Aussicht gestellt wird, so daß also zunächst nur ein Schenkungsversprechen vorliegt. Dieser Unterschied ist darum wichtig, weil er die Form beeinflußt. Während nämlich eine sofort vollzogene Schenkung gültig ist, sofern nur die für die Übertragung des betreffenden Objektes erforderlichen allgemeinen Vorschriften eingehalten worden sind — während also hiernach die Schenkung als solche formfrei ist, und nur z. B. bei Schenkung eines Grundstücks genau so wie bei Grundstücksverkauf die Auf-

---

[1]) Dieses wird in ALR. I, 11 § 1061 f. noch besonders hervorgehoben.

[2]) Anders nach ALR. I, 11 §§ 1169 ff.

[3]) So ALR. I, 11 §§ 1041 ff.; vgl. jedoch BGB. § 685 II.

[4]) Vgl. Meisner S. 136 Anm. 2.

Digitized by Google

lassung und Eintragung hinzukommen muß[1]) — so steht das Schenkungsversprechen unter Formzwang; die Gültigkeit ist nämlich von gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des Versprechens abhängig (§ 518 I Satz 1).

Durch diese Unterscheidung zwischen sofort erfüllter Schenkung und bloßem Schenkungsversprechen entfernt sich das BGB. vom gemeinen Recht, welches bekanntlich[2]) die beiden Fälle gleich behandelt und selbst die sofort vollzogene Schenkung für nichtig erklärt, wenn sie nicht bei einer Objektshöhe von 500 solidi „gerichtlich insinuiert" wurde. Auch den vielen Abweichungen, welche die andern, zwischen Schenkungsversprechen und Handgeschenk unterscheidenden Rechtssysteme[3]) in den Einzelheiten aufweisen, ist nun ein Ende gemacht worden. — Diese Formvorschriften für das Schenkungsversprechen, welche sich auf gewichtige Gründe stützen,[4]) finden (§ 518 I Satz 2) auch Anwendung auf die sonst von einfacher Schriftform abhängigen abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse (§§ 780, 781), die daher nicht als Vollziehungsakte der Schenkung, sondern eben nur als Schenkungsversprechen gelten.[5])

Doch wird diese strenge Formvorschrift wesentlich gemildert durch den Zusatz (§ 518 II), daß der Mangel der Form durch

[1]) BGB. § 925 I. Bei beweglichen Sachen ist Uebergabe (§ 929), bezw. constitutum possessorium (§ 930) erforderlich, bei Schenkung einer Forderung, wenn diese abtretbar ist, (wie z. B. Sparkassenguthaben, vgl. Meisner S. 139 Anm. 4 sub a) die mündliche Cession (§§ 398, 413, oben S. 383), andernfalls die Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen für Begründung bezw. Uebertragung dieses Rechtes.

[2]) Vgl. auch Mot. II S. 291.

[3]) Vgl. über das geltende Recht die eingehende Zusammenstellung in den Mot. II S. 291 ff. Im wesentlichen schließt sich das BGB. dem ALR. I, 11 §§ 1063 ff. an.

[4]) Nach Mot. II S. 293: Verhütung übereilter Schenkungsversprechen; Beseitigung von Zweifeln, ob nicht vielleicht blos die Ankündigung der Absicht vorliegt, künftig schenken zu wollen; Verhinderung einer Umgehung der Vorschriften über die Verfügungen mortis causa und Verhinderungen von Streitigkeiten über ein angebliches Schenkungsversprechen eines Verstorbenen.

[5]) Vgl. hierüber und über die Frage nach abweichender Behandlung der Schenkungsversprechen, welche durch besonders gearteteUrkunden (wie Schuldverschreibung auf den Inhaber und Wechsel) erteilt werden, Mot. II S. 294 und Meisner S. 140 sub c.

Digitized by Google

die Vollziehung des Versprechens (sei es solvendi, sei es donandi animo)[1] geheilt werde: eine Vorschrift, welche auf ähnlichen Erwägungen beruht, wie betreffs der Immobiliarverträge die Anordnung der Konvaleszenz zufolge späterer Auflassung und Eintragung (§ 313 Satz 2, oben S. 243).[2] — Jene Formvorschrift bezieht sich übrigens nur auf das Versprechen selbst, nicht etwa auch auf dessen Annahme.

Das Schenkungsversprechen ist, wenn es wiederkehrende Prästationen (z. B. Renten) betrifft, für die Zeit vom Tode des Versprechers ab in dubio passiv unvererblich (§ 520). Es unterliegt dem beneficium competentiae (§ 519 I);[3] aber auch die wirklich vollzogene Schenkung darf bei Bedürftigkeit des Schenkers bezw. auch hier bei Unvermögen zur Erfüllung seiner gesetzlichen Alimentationspflichten[4] rückgängig gemacht werden; dies geschieht natürlich mittels eines Anspruchs des Schenkers auf Rückgabe (§ 528 I Satz 1); doch kann der Beschenkte sich von der Herausgabepflicht befreien, indem er die Alimentation des Schenkers und seiner Angehörigen (in Geldrente, § 760) übernimmt (§ 528 I Satz 2 und 3).[5]

Auch sonst ist eine besonders milde Behandlung des Schenkers[6] geboten und aus einzelnen Bestimmungen ersichtlich: aus der Beschränkung seiner Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 521), aus seiner Befreiung von Verzugszinsen (§ 522)[7] und aus der Abmessung seiner Schadensersatz und Gewährleistungspflicht (§§ 523 f.), welche im wesentlichen nur auf arglistigem bezw. grobfahrlässigem Verhalten des Schenkers aufgebaut ist.

[1] Kommissionsprotok. nach Haiblen S. 583.

[2] Vgl. endlich wegen der Bürgschaft § 766.

[3] Vgl. ALR. I, 11 §§ 1117 ff., 1123 ff.

[4] Dieses ist in § 519 I ein Zusatz der Reichstagskommission (Kommissionsber. S. 1960), die auch den § 528 erst eingeführt hat; die Berücksichtigung des beneficium competentiae überhaupt in § 519 stammt erst aus der II. Lesung.

[5] Von mehreren Beschenkten leidet unter dem beneficium competentiae zunächst der zuletzt Beschenkte (§§ 519 II und 528 II).

[6] Und event. seiner Erben.

[7] Die sonstigen Folgen des Verzuges, sowie die Pflicht zur Erstattung von Prozeßzinsen (§ 291) bleiben bestehen. Vgl. Mot. II S. 297/298.

Digitized by Google

Aber nicht minder macht sich eine Berücksichtigung des Beschenkten geltend, und zwar in § 529 wegen der Pflicht zur Herausgabe der Schenkung an den bedürftigen Schenker. Ist nämlich der Beschenkte selber in der analogen Notlage oder ist auch nur der Zeitraum von 10 Jahren seit der Schenkung verflossen, so kommt die Herausgabepflicht in Fortfall.[1]) Mehr objektiv gefärbt ist der Ausschluß der Rückforderung bei Schenkungen, welche von einer sittlichen oder Anstandspflicht geboten werden (§ 534). Derartige Schenkungen genießen auch sonst noch im BGB. besondere Berücksichtigung,[2]) und schließen vor allem das Widerrufsrecht aus, welches sonst dem Beschenkten zusteht (§§ 530 ff.). Der Widerruf ist eine empfangsbedürftige, aber formlose[3]) Erklärung gegenüber dem Beschenkten und bewirkt einen Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes[4]) (§ 531). Das Widerrufsrecht[5]) baut sich auf grobem Undanke des Beschenkten auf (§ 530 I),[6]) ist passiv (gegen die Erben des Beschenkten, § 532 Satz 2) unbedingt und aktiv (für die Erben des Schenkers, § 530 II)[7]) im allgemeinen unvererblich[8]) und auch bei ausdrücklicher Verzeihung[9]) bezw. bei Nichtausübung während der Präklusivfrist von einem Jahre nach

---

[1]) Ebenso bei vorsätzlich oder fahrlässig selbstverschuldeter Bedürftigkeit des Schenkers.

[2]) Vgl. dazu bereits oben S. 79 (zu BGB. §§ 1804 Satz 2, 2113 II Satz 2, 2205 Satz 3, 1641 Satz 2, 1446 II und 2330).

[3]) Anders ALR. I, 11 §§ 1158 f.

[4]) Nach Maßgabe der §§ 812 ff.

[5]) Das BGB. unterscheidet hier nicht zwischen vollzogener Schenkung und Schenkungsversprechen, ebensowenig zwischen Schenkungen im allgemeinen und remuneratorischen Schenkungen (vgl. ALR. I, 11 §§ 1170 ff.) im besonderen.

[6]) Hierunter fällt auch widerrechtliche Herbeiführung der Entmündigung des Schenkers (Kommissionsprot. bei Haidlen S. 591). Auch schwere Verfehlungen gegen die „Angehörigen" des Schenkers gelten als Undank. — Uebermaß (ALR. I, 11 §§ 1091 ff.) und nachgeborene Kinder (ebenda § 1140 ff.) geben kein Widerrufsrecht. Ueber das Anfechtungsrecht des Pflichtteilsberechtigten vgl. BGB. §§ 2325, 2329.

[7]) Das Wort „widerrechtlich" schließt das Widerrufsrecht der Erben aus, wenn der Beschenkte den Schenker in Notwehr (§ 227, oben S. 303) erschlug.

[8]) Vererblich ist natürlich der Rückgabeanspruch, wenn die Widerrufserklärung an den Beschenkten bereits erfolgt war.

[9]) Die Widerrufserklärung selber kann nur in Form des Erlaßvertrages (§ 397, oben S. 382) aus der Welt geschafft werden.

Digitized by Google

Kenntnis von der undankbaren Handlungsweise[1]) (§ 532 Satz 1) ausgeschlossen.

Über die Schenkung sub modo[2]) bieten §§ 525—527 noch einige besondere Vorschriften. Wie die Schenkung und die Auflage[3]) zumeist faktisch und nach der Absicht des Schenkers in allerengstem Zusammenhange stehen, so auch rechtlich. Hat der Schenker vorgeleistet, so besitzt er, wenn die Auflage nicht vollzogen wird, ein Klagerecht nicht blos[4]) auf Rückgabe des Geschenkten, sondern auch auf wirkliche Vollziehung der Auflage (§ 525 I); andererseits aber kann der mit der Auflage Belastete, wenn die Auflage den Wert der Schenkung übersteigt, weil letztere an Rechtsmängeln oder physischen Fehlern leidet, wegen des Mehrbetrages die Vollziehung der Auflage bis zur Ausgleichung der Differenz verweigern bezw. nach argloser Vollziehung Wertersatz beanspruchen (§ 526). — Der Beschenkte, welcher die Vollziehung der Auflage unterläßt, ist zur Herausgabe eines adäquaten Teiles des Geschenks (als ungerechtfertigter Bereicherung) verpflichtet, wenn die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei bilateralen Verträgen (oben S. 360) vorliegen (§ 527 I), d. h. wenn die Auflage vom Beschenkten nicht erfüllt wird infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes oder unter Nichtachtung der ihm vom Schenker gesetzten Frist (nach rechtskräftiger Verurteilung oder bei Verzug des Beschenkten, §§ 325 f.).[5]) — Das Rücktrittsrecht des Schenkers besteht aber

---

[1]) Der durch die Widerrufserklärung geschaffene Rückforderungsanspruch unterliegt der gewöhnlichen Verjährung.

[2]) Ueber sie eingehend Schollmeyer S. 31 ff.

[3]) Von der Auflage zu trennen sind Rat, Empfehlung und Angabe des Beweggrundes. Vgl. Mot. II S. 300.

[4]) Vgl. wegen einer Kontroverse im preußischen Recht Förster-Eccius II (7. Aufl., 1896) § 122 S. 34 Anm. 191 und andererseits Dernburg, Preuß. Privatrecht I (5. Aufl., 1894) § 93 S. 192. Vgl. auch Mot. II S. 300, Meisner S. 144 Anm. 1.

[5]) Sofern dagegen der Beschenkte die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage nicht verschuldet, behält er das Geschenk und kommt die Auflage in Fortfall. Vgl. BGB. 275 I, nicht § 323, auf welchen Meisner S. 145 Bezug nimmt, der aber nur zur Anwendung käme, wenn man die Schenkung sub modo als gegenseitigen Vertrag auffassen könnte (dagegen vgl. z. B. auch Endemann S. 742 Anm. 21).

Digitized by Google

nicht (§ 527 II), sofern ein Dritter die Vollziehung der Auflage beanspruchen darf, insbesondere weil ein echter Vertrag zu Gunsten dieses Dritten (§§ 328 ff., oben S. 361 ff.) vorliegt. Diesen Fällen kommt im Effekte, aber nicht in der juristischen Konstruktion der Fall gleich, daß bei einer im öffentlichen Interesse[1]) bestimmten Auflage nach dem Tode des Schenkers statt der Erben, die vielleicht zur Empfangnahme einer Abfindung bereit wären, die kompetente Behörde auf Vollziehung der Auflage klagen darf (§ 525 II).

Dritter Titel. Miete. Pacht. § 104. Vorbemerkung.

Nach Erledigung der auf Eigentumsübertragung gerichteten Geschäfte des Kaufes, des Tausches und der Schenkung geht das BGB. im Titel III und IV zu den blos auf Besitzübertragung und Besitzgebrauch gerichteten Obligationen: Miete, Pacht und Leihe, über. — Miete und Pacht werden dabei im Gegensatz zum gemeinem Recht scharf von einander abgetrennt (durch Ziff. I und II).

§ 105. Die Miete. Allgemeines.

Bei der Miete[2]) (§§ 535—580) folgt auf die den Vertragsinhalt skizzierende Bestimmung des § 535 zunächst (§§ 536 bis 547) das Detail über die Verpflichtungen des Vermieters und die aus ihnen entspringenden Berechtigungen des Mieters; dann (§§ 548—563) das Nähere über die Pflichten des Mieters und die entsprechenden Berechtigungen des Vermieters; weiter folgen (§§ 564 bis 570) die Vorschriften über die Kündigung, bezw. eine damit zusammenhängende Vorschrift (§ 566) über die Vertragsform, sodann (§§ 571—579) die Normen über die Beziehungen des neuen

[1]) Z. B. zur Ausschmückung eines freien Platzes, zur Vergrößerung der Volksbibliothek u. dergl.

[2]) Speziallitteratur: Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem BGB. (in v. Iherings Jahrbüchern Bd. 37, Jena 1897), S. 1—76; Fränkel, Das Miet- und Pachtrecht nach dem BGB. (Berlin 1897); Raatz, Die Miete von Räumen nach dem BGB. (Berlin 1898); Vogel, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB. unter Berücksichtigung der bisher im Gebiete des Bayerischen Landrechtes und in München geltenden Gesetzesbestimmungen (München 1897); Zirndorfer, Mietvertrag nach dem BGB. (im Auftrage des Vereins deutscher Immobilienmakler herausgegeben, Frankfurt a./M. 1897). — Zur II. Lesung Leo in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. I (1896) Nr. 12 S. 230—232.

Digitized by Google

Grundstückskäufers[1]) zum Mieter bezw. Vermieter und zum Schlusse (§ 580) die Bemerkung, daß, was von Grundstücksmiete gesagt sei, auch von Wohnungsmiete oder Miete anderer Räume (z. B. Lagerräume, Komptoirs) gelten soll.

Ein Mietverhältnis kann laut § 535 nur an „Sachen", d. h. (vgl. oben S. 179) an körperlichen Gegenständen stattfinden, nicht mehr, wie nach gemeinem und preußischem[2]) Recht, auch an Rechten, die vielmehr nur zu Objekten der Pacht geeignet sind (§ 581). Der Mietvertrag ist formfrei, nur gelten Mietverträge über Grundstücke (bezw. Wohn- und andere Räume, vgl. oben wegen § 580) hinsichtlich der Kündigung (unten S. 435 ff.) als für unbestimmte Zeit geschlossen, wenn trotz einer Mietdauer von mehr als einem Jahr nicht ein schriftlicher Kontrakt aufgenommen wird (§ 566).

§ 106. Die Pflichten des Vermieters.

Die Pflichten des Vermieters (§ 535 Satz 1) gipfeln in Gewährung des Gebrauches der Mietsache — einschließlich der Pflicht zur Übergabe,[3]) nicht blos[4]) zur „Überlassung", — und zwar besteht diese Pflicht „während der Mietzeit", d. h.[5]) sie erneuert sich während dieser Zeit fort und fort. Die Pflicht des Mieters (§ 535 Satz 2) besteht in Entrichtung des vereinbarten Mietzinses (der aber nicht notwendig gerade in Geld, sondern auch z. B. in Diensten als Portier oder in Nachhilfestunden für die Kinder des Hauswirts bestehen kann),[6]) sowie[7]) in Rückgabe der Sache nach Beendigung der Mietzeit (§ 556 I).

---

[1]) Bezw. des Erwerbers eines auf dem Grundstücke lastenden Rechtes: §§ 577—579.

[2]) Vgl. Windscheid § 399 S. 452 a. E., ALR. I, 21 §§ 258 f.

[3]) Natürlich nur, wo eine solche möglich ist. Als Beispiel des Gegenteils erwähnen Mot. II S. 370 den Fall eines Vertrages, der auf Benutzung eines Klaviers ohne Veränderung seines Standortes oder auf die Gestattung des Lustwandelns in einem Parke gerichtet ist. Zeitgemäß wäre das Beispiel der Miete eines Tennisplatzes (während bei gleichzeitiger Benutzung der Spielgeräte Uebergabe mindestens in der Form des § 854 II vorliegt).

[4]) ALR. I, 21 §§ 258 f.

[5]) Mot. II S. 370.

[6]) Ueber die alsdann mögliche Komplikation zwischen verschiedenen Rechtsverhältnissen vgl. die Andeutungen in den Mot. II S. 372.

[7]) Vgl. oben Anm. 3.

Digitized by Google

Kann der Vermieter seiner Pflicht nicht nachkommen, weil ein Dritter den Mieter im Gebrauche der Sache stört, so wird sich dieser Fall als unverschuldete Unmöglichkeit der Vertragserfüllung darstellen, mithin (§ 323 I, vgl. oben S. 357 f.) die Folge nach sich ziehen, daß der Vermieter keinen Anspruch auf den Mietzins hat.[1])

Des weiteren hat[2]) der Vermieter die Pflicht (§ 536), die Sache in einem Zustande zu übergeben und zu erhalten, der zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeignet ist. Dies involviert zwar die Pflicht zur Kostentragung für erforderliche Reparaturen, aber nicht die Pflicht zur Wiederherstellung der infolge eines Zufalls ganz oder teilweise untergegangenen Sache;[3]) die Gefahr trägt also der Mieter.

Wegen der Gewährleistung unterscheidet das BGB. bei der Miete ebenso wie beim Kaufe (jedoch in umgekehrter Anordnung) zwischen Sachmängeln einschließlich des Mangels zugesicherter Eigenschaften[4]) (§§ 537—540, aber auch §§ 544 f.) und Mängeln im Recht (§§ 541—543).

Betreffs der Sachmängel wird nicht wie beim Kauf deren Erheblichkeit vorausgesetzt; andererseits kommt aber neben der durch den Mangel veranlaßten Minderung oder Aufhebung des vertragsmäßigen Gebrauches (§ 537 I) nicht auch die des gewöhnlichen Gebrauches (§ 459 I, oben S. 403) in Betracht.

Die in §§ 537 ff. fixierten Rechtsfolgen der Mängel ergeben sich zwar[5]) schon aus den allgemeinen Grundsätzen, sind aber wegen ihrer eminenten praktischen Wichtigkeit und zur klareren Beseitigung einiger Streitfragen des bisherigen Rechts[6]) noch ausdrücklich formuliert worden. Der Mieter hat zunächst (§ 537) einen Anspruch

[1]) Vgl. Mot. II S. 370.

[2]) Vgl. ebenso ALR. I, 21 §§ 272, 274, 291.

[3]) Mot. II S. 373, Kommissionsprot. nach Haiblen S. 603.

[4]) Als solcher Mangel gilt hier aber bei Grundstücken und (§ 480, oben S. 427) Wohnungen bezw. anderen Räumen der Mangel der zugesicherten Größe (§ 537 II) auch ohne eine dem § 468 Satz 2 entsprechende Klausel.

[5]) Vgl. Mot. S. 375 und wegen § 541 ebenda S. 379.

[6]) Vgl. ebenda S. 374 ff., 377.

Digitized by Google

auf Befreiung vom Mietzinse bezw. auf dessen Reduktion,[1]) entsprechend derjenigen Zeit, für welche die Tauglichkeit des Mietobjektes ganz oder teilweise beeinträchtigt war; dieser Anspruch ist von etwaigem Verschulden des Vermieters, der den vertragsmäßigen Gebrauch doch gewissermaßen garantiert hat, gänzlich unabhängig.[2]) Bei Verschulden des Vermieters in späterer Entstehung des Fehlers darf der Mieter statt der Reduktion bezw. Aufhebung der Zinspflicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen (§ 538 I) und ebenso (was das preußische Recht noch nicht bestimmt hatte) wegen der erwähnten Garantiepflicht des Vermieters, wenn der Mangel von Anfang an vorhanden war, und ferner wegen Verzuges des Vermieters in Beseitigung des Mangels. Im letztgenannten Falle darf der Mieter auch Selbsthilfe wählen und die gemachten Auslagen liquidieren (§ 538 II). — Kenntnis bezw. grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters von dem Fehler, die ihn nicht gehindert hat, den Vertrag zu schließen und die Sache anzunehmen, entzieht ihm natürlich wie beim Kaufe (oben S. 404) und wie nach bisherigem Recht[3]) die geschilderten Ansprüche (§ 539), er müßte sich denn seine Rechte ausdrücklich vorbehalten oder es müßte der Vermieter dem fahrlässigen Mieter den Mangel arglistig verschwiegen haben (§ 539 Satz 2 und §§ 464, 460); im letztgenannten Fall ist wie beim Kaufe (oben S. 400) eine vertragsmäßige Beseitigung oder Beschränkung der Gewährleistung nichtig (§ 540). Dagegen hat das BGB. von Einführung kürzerer Verjährungsfristen wegen Geltendmachung der Mängel des Mietobjekts Abstand genommen.[4])

Das Gleiche wie bei reinen Sachmängeln gilt (mit Ausnahme der Bestimmungen über den Einfluß grobfahrlässiger Unkenntnis

---

[1]) Vgl. ALR. I, 21 § 384 und wegen des gemeinen Rechts Windscheid § 400 S. 456. Im Gegensatz zu § 477 I (oben S. 409) ist dies Minderungsrecht jedoch nicht zu einem „Anspruche" erhoben worden (Mot. II S. 376).

[2]) Anders ALR. I, 21 § 273; I, 5 § 360.

[3]) Vgl. darüber Mot. II S. 377.

[4]) Nach preußischem Recht ein Kontroverse wegen der Anwendbarkeit von ALR. I, 5 §§ 343 ff. Vgl. auch Mot. S. 378.

Digitized by Google

und vorbehaltloser Annahme, § 539 Satz 2)[1]) bei einer totalen oder partiellen Entziehung[2]) des vertragsmäßigen Gebrauchs durch das Recht eines Dritten (§ 541), also bei juristischen Fehlern des Mietobjekts.[3])

Ganz generell und ohne die in einigen Gesetzgebungen[4]) begegnenden kasuistischen Unterscheidungen bewilligt sodann § 542 dem Mieter ein Rücktrittsrecht, das über das allgemeine Rücktrittsrecht bei bilateralen Verträgen (insbesondere § 323, oben S. 357 f.) insofern hinausgeht, als es auch dann Platz greift, wenn den Vermieter kein Verschulden trifft.[5]) Dies Rücktrittsrecht macht sich als Befugnis zur sofortigen Kündigung geltend (§ 542 I Satz 1), ist aber bei unerheblichen Mängeln an die Voraussetzung eines besonderen Interesses des Mieters (§ 542 II) und im übrigen an erfolglosen Ablauf einer dem Vermieter zu setzenden Frist zur Abhilfeschaffung gebunden (§ 542 I Satz 2); nur dann kommt die Fristsetzung in Fortfall (§ 542 I Satz 3), wenn die Bedürfnisse des Mieters dem Vertrage den Charakter eines Fixgeschäftes (§ 361, oben S. 370) verleihen.

Dies Kündigungsrecht ist zufolge § 543 I betreffs einiger Einzelfragen nach §§ 539—541 und betreffs der Miete mehrerer Sachen (zu einem Gesamtpreise) oder von Haupt- und Nebensachen nach den Vorschriften der §§ 469—471 (oben S. 407) über die Gewährleistung beim Kaufe zu behandeln und führt zu einer Reduktion des bereits pränumerando gezahlten Zinses (§ 542 II). Gesundheitsgefährlichkeit eines Aufenthaltsraumes[6]) berechtigt trotz ihrer

[1]) Dieses soll der Entscheidung des Einzelfalles vorbehalten bleiben; vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 609.

[2]) Wegen eines von Anfang an vorhandenen Gegenrechtes eines Dritten vgl. oben S. 428.

[3]) Mot. II S. 378, 380. Nicht unterschieden wird, ob dem Vermieter das Recht an dem Vertragsobjekte nur auf Zeit zustand (ALR. I, 21 §§ 388 ff.); Mot. II S. 380.

[4]) Vgl. ALR. I, 21 § 383, Sächs. BGB. §§ 1213, 1221, code civil art. 1722, 1724, 1741 und Mot. II S. 419.

[5]) Mot. II S. 419.

[6]) Die Reichstagskommission, welche die Worte „ein anderer zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum" eingefügt hat, dachte dabei an Komptoir, Laden, Werkstätte (Kommissionsprot. nach Haidlen S. 612). Hinzufügen kann man Bureau, Schulzimmer, Wartesaal.

Digitized by Google

Kenntnis und trotz Verzichtes auf ihre Geltendmachung zur sofortigen Kündigung (§ 544): eine sozialpolitisch wichtige, uns schon bekannte Vorschrift (oben S. 60).

Die dem Mieter obliegende Sorgfalt[1]) involviert die Verpflichtung (§ 545), den Vermieter von entstehenden Mängeln, von erforderlich werdenden Vorkehrungen gegen Gefahren (z. B. des Einregnens) und Rechtsanmaßungen Dritter Anzeige zu machen und zwar bei Haftung für Schadensersatz und bei Verlust seiner eigenen Rechte. Letztere gehen auf Zinsminderung (§ 537, oben S. 428), auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Kündigung ohne Setzung einer Nachfrist zur Abhilfe durch den Vermieter (§ 542 I Satz 3, oben S. 430), sofern der Mangel gerade wegen Versäumung der Anzeige unabwendbar geworden ist.

Außer der geschilderten Gewährleistungspflicht treffen den Vermieter, wie im älteren Recht,[2]) die auf der Sache ruhenden Lasten (Grund- und Gebäudesteuer, Wasserleitungszins u. s. w.) und die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführten Veränderungen bezw. Verschlechterungen der gemieteten Sache (§§ 546, 548). Ferner hat er (§ 547)[3]) dem Mieter die Verwendungen im allgemeinen wie einem negotiorum gestor zu ersetzen, notwendige Verwendungen jedoch[4]) (mit Ausnahme der Fütterungskosten für ein Tier) unbedingt. Wie diese Vorschrift sich an das gemeine Recht anlehnt, so auch das dem Mieter zustehende jus tollendi (§ 547 II Satz 2), welches selbst dann geltend gemacht werden darf, wenn die vom Mieter

---

[1]) Es ist dies nicht, wie die (ungenauer Weise bei Haidlen S. 613 abgedruckten) Mot. II S. 401 sagen, die Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters, sondern jetzt nach BGB. § 276 I Satz 2 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

[2]) Ueber das gemeine Recht vgl. Windscheid § 400 S. 456/457, über das preußische Recht ALR. I, 21 §§ 288 ff.

[3]) Zu § 547 vgl. den etwas anders lautenden § 450 (oben S. 402) und zur Rechtfertigung der Unterschiede Mot. II S. 393 und Kommissionsprot. nach Haidlen S. 520.

[4]) Wie im gem. Recht (Windscheid a. a. O.), aber im Gegensatze zu ALR. I, 21 § 287, das auch hier die Grundsätze von der negotiorum gestio anwendet und (vgl. a. a. O. §§ 280, 124 ff.) bei nicht notwendigen Verbesserungen den Ersatzanspruch von schriftlicher Genehmigung des Vermieters abhängig macht.

Digitized by Google

angebrachte Einrichtung als wesentlicher Bestandteil (oben S. 185 ff., insbesondere S. 189) in das Eigentum des Vermieters übergegangen ist.

§ 107. Die Pflichten des Mieters.

Auch der Mieter ist zu vertragsmäßigem Verhalten während der Kontraktszeit gezwungen, und für den Vermieter entsteht durch erfolglose Abmahnung actio nata auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs (§ 550).[1] Vertragswidrig und dem Wesen der Miete, insbesondere auch der Zeitanschauung (wenigstens nach der Annahme des Gesetzgebers) widersprechend,[2] ist im Prinzip auch die Aftervermietung (§ 549 I Satz 1), für deren Ausgestaltung sich das BGB. dem preußischen, nicht dem gemeinen Recht angeschlossen hat.[3] Sie ist von Erlaubnis des Vermieters abhängig; diese Erlaubnis, durch welche eine Haftung des Mieters für Verschulden des Aftermieters nicht beseitigt wird (§ 549 II),[4] ist nicht erzwingbar oder doch nur indirekt durch das Recht des Mieters, grundloser Weigerung eine Kündigung entgegenzusetzen (§ 549 I Satz 2) und sich so (vgl. oben S. 60) gegen Chikane des Vermieters zu schützen.

Die Vorschriften über die (postnumerando erfolgende) Zahlung des Mietzinses[5] (§ 551), welche uns schon aus anderem Zusammenhange (oben S. 60) bekannt ist, entspricht im wesentlichen dem geltenden Recht,[6] ebenso wie die Vorschrift des § 552,[7] wonach die

[1] Dieses Klagerecht, welches unabhängig ist von der Gefährdung der ordnungsmäßigen Rückgewähr (Kommissionsprot. nach Haidlen S. 617), greift gegen den Mieter auch wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Sache durch den Untermieter Platz (§ 549 II).

[2] Das meinen wenigstens Kommissionsprot. bei Haidlen S. 616.

[3] Vgl. auch Denkschr. S. 105 und ALR. I, 21 §§ 309 ff. Die erste Lesung (§ 516) war noch in den Spuren des römischen Rechts gewandelt.

[4] Bei unbefugter Gebrauchsüberlassung an den Dritten greift sogar die strengere Haftung aus §§ 276 I, 249 ff. Platz. Vgl. Mot. II S. 397. — Vgl. wegen des Untermieters auch noch BGB. §§ 553, 556 III.

[5] Da § 551 über den Zahlungsort schweigt, kommen die allgemeinen Grundsätze (oben S. 333 f.) zur Anwendung. Deshalb darf der an demselben Orte in einem andern Hause wohnende Vermieter nicht beanspruchen, daß ihm die Miete gebracht wird; vgl. Meisner S. 154/155.

[6] Ueber ALR. I, 21 § 297 vgl. (gegen die Bemerkung der Mot. II S. 398) oben S. 60 Anm. 5; zu BGB. § 552 vgl. ALR. I, 21 § 299. Wegen des gemeinen Rechts Windscheid § 400 S. 457.

[7] Daß § 552 schon aus der Vor-

Digitized by Google

Befreiung des Mieters vom Mietzinse nur eintritt, wenn der Vermieter dem Mieter den Gebrauch des Mietobjekts nicht gewähren kann (insbesondere wegen Überlassung des Gebrauchs der Sache an einen Dritten), nicht, wenn der Mieter seinerseits durch einen seine Person betreffenden Grund (z. B. durch eine Reise oder durch eine militärische Übung) an Ausübung seines Mietrechts verhindet ist.[1]) Dem geltenden Recht[2]) schließt sich auch die Befugnis des Vermieters zu sofortiger Kündigung wegen erheblicher Verletzung seiner Rechte oder erheblicher Gefährdung des Mietobjekts durch den Mieter oder Untermieter (§ 553) an und desgleichen sein Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzuges des Mieters betreffs zweier auf einander folgender Zinsraten (§ 554 I Satz 1).[3])

Die schon (oben S. 427) angedeutete Pflicht des Mieters zur Rückgabe des Mietobjekts (§ 556 I) nach beendeter Mietzeit ist zweckmäßiger Weise auch auf den Untermieter ausdrücklich ausgedehnt worden (§ 556 III), weil die gegen den Mieter durchgeführte Räumungsklage sonst nicht ohne weiteres gegen den Untermieter vollstreckbar wäre.[4]) Verletzung der Rückgabepflicht des Mieters berechtigt den Vermieter (§ 557), Fortzahlung des Mietzinses und Ersatz etwaigen weiteren Schadens zu beanspruchen.[5]) Vor allem aber besitzt der Vermieter wegen aller seiner Ansprüche ein gesetzliches Pfandrecht an den invecta et illata des Mieters (§ 559 ff.). Indem sich das BGB. hiermit dem Vorgange des gemeinen und preußischen Rechts[6]) anschloß und die im übrigen in Deutschland bestehenden Abweichungen betreffs der Sicherstellung des Vermieters[7])

---

leistungspflicht des Vermieters in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 320, 323, 324 (oben S. 355 ff.), folge, betonen auch die Mot. II S. 399.

[1]) Satz 2 des § 552 beruht auf Billigkeitserwägungen. Mot. II S. 400.

[2]) Vgl. ALR. I, 21 §§ 387, 298 und wegen des gemeinen Rechts Windscheid § 402 S. 466 sub 2a.

[3]) § 554 I Satz 2 ist dem preußischen Recht fremd, aber dem gemeinen und sächsischen Recht entnommen (vgl. Mot. II S. 417/8); § 554 II entstammt der II. Lesung (vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 621). Zu § 555 vgl. über BGB. § 347 oben S. 368.

[4]) Vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 622/623.

[5]) Vgl. dazu ALR. I, 21 §§ 332 ff.

[6]) Vgl. Windscheid I § 231 S. 692 und ALR. I, 21 § 395.

[7]) Insbesondere bestand vielfach

Digitized by Google

beseitigte, hat es einen klaren Rechtszustand geschaffen; dieser Vorzug betrifft insbesondere die herrschende Streitfrage,[1]) ob das Recht des Vermieters sich auch auf unpfändbare Sachen erstreckt. Dies ist nach BGB. (§ 559 Satz 3) nicht der Fall, und ebensowenig unterliegen jenem Pfandrechte die Sachen der Ehefrau[2]) und der Kinder des Mieters oder dritter Personen,[3]) insbesondere des Untermieters;[4]) ferner bezieht sich das Pfandrecht nur auf Mietverträge über Grundstücke und (§ 580) Wohnungen bezw. andere Räume; es gilt aber auch zu Gunsten des Mietzinses für das laufende und für das folgende Mietjahr (§ 559 Satz 2),[5]) wogegen es freilich einem andern (Pfändungs-) Pfandgläubiger gegenüber nur wegen der Rückstände aus dem letzten Mietjahre besteht (§ 563).[6]) — Im einzelnen (§§ 560 ff.)[7]) ist dann (vgl. Genaueres bereits oben S. 61, 76)[8]) das gesetzliche Pfandrecht[9]) des Vermieters unter eingehender Abwägung der wirtschaftlichen Bedürfnisse und Interessen beider Parteien[10]) abgegrenzt worden, namentlich[11]) für den Fall, daß der Mieter „gerückt" ist.[12])

ein Vorzugsrecht vor andern Gläubigern auch außerhalb des Konkurses. Vgl. Mot. II S. 403.

[1]) Vgl. Mot. II S. 405.

[2]) Etwas Anderes ist es, daß bei allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft das Gesamtgut für Gesamtgutsschulden der Eheleute, also event. auch für die Miete haftet. Vgl. Denkschr. S. 108. Anders liegt der Fall natürlich, wenn auch die Ehefrau den Kontrakt unterschrieben hat.

[3]) Vgl. Mot. II S. 405. — Anders betreffs der Ehefrau und Kinder die preuß. Deklaration zu ALR. I, 21 § 395 vom 21. Juli 1846 (Ges. S. S. 326).

[4]) Anders nach gemeinem Recht (Windscheid I § 231 S. 692 Note 5) und code civil art. 1753.

[5]) Vgl. Reichsges. v. 9. Mai 1894 (RGBl. S. 439) betr. die Abänderung des § 41 der Konkursordnung.

[6]) Vgl. Konkurs-Ordnung § 41 Nr. 4, der hiefür vorbildlich war, und dazu jetzt die Reichstagsvorlage Nr. 21 (§ 41 Nr. 2).

[7]) Vgl. zu ihnen auch Anhang § 302 zur Preuß. AGO. Teil I Tit. 44 § 60.

[8]) Vgl. auch Kommissionsprot. nach Haidlen S. 629.

[9]) Der Ausdruck „Zurückbehaltungsrecht" wurde, weil er ein obligatorisches Recht des Schuldners begreift (vgl. oben S. 334), absichtlich vermieden (Mot. II S. 409). Vgl. auch unten S. 435 zu Anm. 1.

[10]) Wegen der Notwendigkeit, auch den Vermieter, nicht nur den Mieter in Schutz zu nehmen, vgl. Leo a. a. O.

[11]) Durch Sicherheitsleistung (§§ 232 ff., oben S. 305 ff.) kann der Mieter auch einzelne Sachen vom Pfandnexus befreien (§ 562).

[12]) Betreffs der Selbsthilfe behufs Rückschaffung heimlich entfernter Sachen

Digitized by Google

Diesem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters würde zu Gunsten des Mieters und seiner Ansprüche das allgemeine gesetzliche Zurückbehaltungsrecht[1]) des Schuldners (§§ 273 ff., oben S. 334 f.) ein Gegengewicht halten. Doch ist dies Recht auf die Miete von Mobilien beschränkt worden (§ 556 II), weil[2]) bei Immobilien der Mieter (bezw. Pächter, § 581 II) schon durch den Grundbesitz seines Vertragsgegners eine erhöhte Sicherheit genießt und die vielleicht gar chikanöse Ausübung des Retentionsrechts insbesondere den Verpächter an rechtzeitiger Bestellung des Grundstücks hindern könnte.

Die Verjährung der beiderseitigen Ersatzansprüche[3]) sowie des dem Mieter zustehenden ius tollendi (oben S. 431) ist durch § 558 in zweiter Lesung auf sechs Monate abgekürzt worden, wobei die Verjährung nur für den Mieter mit Beendigung des Mietverhältnisses, für den Vermieter erst mit dem die Untersuchung des Vertragsobjektes ermöglichenden Rückempfange der Sache[4]) beginnt.

§ 108. Die Beendigung der Miete.

Die Beendigung des Mietverhältnisses tritt mit Ablauf der kontraktlichen Mietzeit ipso iure ein; mangels diesbezüglicher Abrede bedarf es der Kündigung,[5]) und für diese greifen die gesetzlichen Aushilfevorschriften Platz (§ 564).[6]) Diese[7]) (§ 565)

gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 229 f. (oben S. 303 ff.). Vgl. Denkschr. S. 111. — Die Heimlichkeit der Wegschaffung bezw. seinen Widerspruch muß der Vermieter beweisen (Mot. II S. 408).

[1]) Vgl. oben S. 434 Anm. 9.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 622 und Denkschr. S. 107.

[3]) Wegen Verjährung des Mietzinses vgl. BGB. § 197 (oben S. 295). Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters ist kein Anspruch im Sinne des § 194 I (oben S. 293), also unverjährbar, ist aber an die in § 561 II Satz 2 genannte Präklusivfrist gebunden.

[4]) Ist dieser Anspruch auf Rückgabe verjährt, so schließt dies zugleich die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters ein (§ 558 III; vgl. dazu § 224, oben S. 302).

[5]) Ob die verspätete Kündigung als rechtzeitige Kündigung zum nächsten Termin gelten kann, ist quaestio facti (vgl. Mot. II S. 413). — Nach der Novelle zur CPO. (Reichstagsvorlage Nr. 63 § 231 a) können Kündigung und Räumungsklage mit einander verbunden werden.

[6]) Vgl. ebenso I, 21 §§ 324, 340, 344 f.

[7]) Sie dürfen nicht verwechselt werden mit den laut EBGB. Art. 93 nach wie vor vom Landesrecht abhän-

Digitized by Google

unterscheiden ähnlich wie die älteren Kodifikationen[1]) sowohl nach den Objekten des Vertrages (bewegliche Sachen und Grundstücke),[2]) wie nach dem Zeitraum (Monat, Woche, Tag), nach welchem der Mietzins bemessen worden ist.

Diese gesetzlichen Kündigungsfristen finden aber trotz vertragsmäßiger Fixierung der Mietzeit und trotz vertragsmäßiger Abreden über die Kündigungsfrist auch in folgenden Fällen[3]) Anwendung: Zunächst bei relocatio tacita (§ 568), die aber ihrerseits nicht eintritt, wenn einer der beiden Kontrahenten dem andern binnen zwei Wochen[4]) nach Ablauf der Mietzeit erklärt, trotz Fortsetzung des Gebrauches der Mietsache das Mietverhältnis nicht als prolongiert betrachten zu wollen.[5]) Sodann (§ 567) bei Mietverträgen mit einer Dauer über 30 Jahre.[6]) Ferner (§ 569) bei Tod des Mieters (nicht des Vermieters), und zwar zu Gunsten beider Parteien, d. h. zu Gunsten der Erben des Mieters und zu Gunsten des Vermieters.[7]) Ferner (§ 570, vgl. oben S. 139) bei

gigen Polizeivorschriften über die Räumungsfristen. Vgl. z. B. Preuß. Ges. v. 30. Juni 1834 (Ges.S. S. 92) (nicht 1843, wie ein Druckfehler bei Haidlen S. 630 a. E. sagt).

[1]) Die aber in Einzelheiten abweichen. Vgl. ALR. I, 21 §§ 342 ff., Preuß. Verordnung v. 9. Januar 1812 (Ges.S. S. 4).

[2]) Daß bei diesen, sofern es sich eben um die gesetzliche Kündigungsfrist handelt, die für Schluß des Kalenderquartals zulässige Kündigung gültig noch am dritten Werktage des Quartals erfolgen darf, ist eine vom Bundesrat getroffene Vorschrift, die insbesondere (Kommissionsprot. bei Haidlen S. 631) dem Vermieter ermöglicht, sich von dem am Quartalsersten zahlungssäumigen Mieter schnell zu befreien.

[3]) Unbekannt ist dem BGB. ein Kündigungsrecht des Vermieters wegen notwendiger Reparaturen (Hauptbau: ALR. I, 21 §§ 363 ff.).

[4]) Ueber den Fristbeginn vgl. § 568 Satz 2.

[5]) § 568 weicht vom ALR. I, 21 §§ 325 ff. in mehrfacher Hinsicht ab. Die relocatio tacita hängt nicht von ausdrücklicher, aber seitens des Vermieters unwidersprochener Erklärung des Prolongationswillens durch den Mieter ab; sie beschränkt sich nicht (wie auch nach der herrschenden gemeinrechtlichen Anschauung, Mot. II S. 415) auf Mietverträge mit bestimmter Zeit; sie gilt auch nicht für die ursprüngliche kontraktliche, sondern für unbestimmte Zeit.

[6]) Das Gleiche (vgl. die Ausnahme in § 567 Satz 2) muß auch (vgl. Meisner S. 160 Anm. 3) für Verträge gelten, die für einen Teil (z. B. eine Behörde) unkündbar sein sollen. Dem § 567 liegen volkswirtschaftliche Erwägungen zu Grunde.

[7]) Ebenso ALR. I, 21 §§ 371, 373 (nur mit besonderer Frist); anders das gemeine Recht (vgl. Mot. II S. 416). Die verwittwete Ehefrau als solche hat aber nicht (vgl. ALR. a. a. O. § 372) ein Kündigungsrecht.

Digitized by Google

Versetzung[1]) von Militärs, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten zu Gunsten des Mieters (aber nur für gemietete Räume) und endlich[2]) bei Grundstücken (Wohnungen, Räumen: § 580) ganz allgemein, sofern die Formvorschrift des § 566 (oben S. 427) verletzt wurde, die den Zweck verfolgt, dem Neuerwerber des Grundstücks Gewißheit über den Inhalt der bestehenden Mietverträge zu verschaffen.[3])

Denn wie wir bereits sahen und als Zeichen germanistischer, sowie moderner Färbung des BGB. begrüßten (oben S. 8, 55 f., 58 ff.), gilt im BGB. der Satz „Kauf bricht nicht Miete."[4]) Seine Ausgestaltung, die in den §§ 571—579 mit verhältnismäßig breiter Kasuistik geboten wird, zeigt das Bestreben, sowohl den Bedürfnissen des Mieters Rechnung zu tragen, wie dem Neuerwerber möglichste Schonung zu gewähren. Das lehrt außer dem uns schon bekannten Inhalt des § 571 II (oben S. 59 f., 75 f.) auch der übrige Inhalt der §§ 571—579, den ich im allgemeinen Ihrem privaten Studium überlassen will. Ich bemerke nur, daß diese Bestimmungen auch zu Gunsten bezw. zu Ungunsten eines zweiten Erwerbers Anwendung finden, der das Grundstück von dem ersten Erwerber übernimmt (§ 579), und daß sie auch auf Belastung des Grundstücks mit dem Rechte eines Dritten analog angewendet werden (§§ 577 f.). Ferner will ich hervorheben, daß zu unterscheiden ist, ob die Veräußerung bezw. Belastung des Grundstücks nach seiner Überlassung an den Mieter erfolgte (§§ 571 bis 577) oder (§ 578) bereits vorher, und daß die Vorschriften, welche sich auf Vorausverfügungen über den Mietzins beziehen (§§ 573 ff.), im wesentlichen, zum Teil sogar fast wörtlich, den

[1]) Nicht auch bei Mobilmachung oder sonstiger unfreiwilliger Veränderung in den Umständen des Mieters (ALR. I, 21 §§ 376 ff.).

[2]) Sowohl nach § 569 Satz 2 wie nach § 570 Satz 2 muß aber die Kündigung zum ersten zulässigen Termine erfolgen.

[3]) Vgl. Meisner, S. 566.

[4]) Eingehend Denkschr. S. 114ff., Kommissionsprot. bei Haiblen S. 636 ff.

[5]) Zur Litteratur vgl. auch Jünger, Bricht Kauf die Miete im Bezirk des Oberlandesgerichts zu Frankfurt a. M.? Wiesbaden 1897.

Digitized by Google

uns bereits bekannten Normen der §§ 406 ff. aus der Cessionslehre entsprechen.[1])

Wenngleich das BGB. mit dem Prinzipe „Kauf bricht nicht Miete" ins landrechtliche Lager übergetreten ist, so darf man das neue Gesetz doch nicht als einen Bundesgenossen des alten in der Richtung betrachten, daß es gleich jenem für eine dingliche Natur der Miete[2]) zu Hilfe gezogen werden könnte; man wird folglich auch nicht behaupten dürfen, daß die Miete richtiger im dritten, statt im zweiten Buche behandelt worden wäre.

Für die Übergangszeit ist von eminenter Wichtigkeit EBGB. Art. 171, wonach das ältere Recht seine Einwirkung verliert und das BGB. auch für bestehende Mietverhältnisse Anwendung erheischt, sofern die Parteien es nach dem 1. Januar 1900 verabsäumen, die Kündigung für den ersten Kündigungstermin auszusprechen, für den sie nach dem geltenden Rechte[3]) statthaft ist.[4])

Das Gleiche gilt auch für Dienstverhältnisse, vor allem aber auch für die Pacht, deren Gestaltung im künftigen Rechte wir uns nunmehr zuwenden.

§ 109. Die Pacht.

Die Pacht unterscheidet sich von der Miete dadurch,[5]) daß sie sich (§ 581 I) nicht blos auf körperliche „Sachen" (§ 535 Satz 1,

[1]) Vgl. auch Preuß. Eigentumserwerbsgesetz § 31 und BGB. § 1124. — Wegen der Behandlung der Miet- und Pachtverhältnisse bei der Zwangsversteigerung vgl. das Reichsgesetz v. 24. März 1897 §§ 9 Nr. 2, 21 II und III, 57, 152 II.

[2]) Dingliche Natur der Miete nimmt Fischer, das Sachenrecht (Heft 3 der Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage, Berlin 1896) S. 16 ff., 50 an. Ebenso Meisner S. 163 oben. Dagegen aber Crome a. a. O. S. 1 ff. und ebenso Schollmeyer S. 51 und Endemann S. 750 (S. 405). Cosack (S. 285) äußert sich über diese Frage einstweilen noch nicht.

[3]) Bezw. nach dem Mietkontrakte, der ja seinerseits nur im Rahmen der bisherigen Gesetze (EBGB. a. a. O.) Gültigkeit genießt.

[4]) Läuft also ein Mietvertrag vom 1. April zum 1. April und ist keine Kündigung vereinbart, so muß im landrechtlichen Gebiet nach ALR. I, 21 § 344 zwischen dem 1. und 3. Januar 1900 gekündigt werden, widrigenfalls vom 1. April 1900 ab die Vorschriften des BGB. (z. B. über das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters oder über die Kündigungstermine) Platz greifen.

[5]) Wird eine unbewegliche Sache vermietet und zugleich ein Grundstück zum Fruchtgenuß überlassen (z. B.

Digitized by Google

§ 90), sondern auf alle denkbaren „Gegenstände" (vgl. oben S. 179 ff.) erstreckt, und ferner dadurch, daß sie außer dem Gebrauche des Vertragsobjektes auch den Genuß der Früchte (BGB. § 99, oben S. 199 ff.) umfaßt, soweit sie nach dem Rechte einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind.[1]) Die Pacht wird vom Gesetzbuche in den 17 §§ 581—597 behandelt, welche in Abänderung bezw. Ergänzung der Regeln über die Miete (vgl. § 581 II) eine Anzahl Sondervorschriften geben: zunächst (§§ 582—585) über die Pflichten und Rechte der Kontrahenten bei Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks; dann (§§ 586—590) über die Behandlung des Inventars, welches mit einem Grundstücke mitgepachtet wurde; weiter (§§ 591—594) über die Auseinandersetzung nach Beendigung der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks bezw. eines Landgutes; endlich (§§ 595 f.) über die Kündigung und (§ 597) über die Verletzung der Rückgabepflicht des Pächters.

Die Sonderpflichten, welche den Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks neben der Pflicht zur Zinszahlung[2]) treffen, richten sich auf das zwar dem Pflichtenkreise des Mieters (§ 536 oben S. 428) widersprechende, aber der Verkehrssitte und dem älteren Recht[3]) entsprechende Gebot, gewöhnliche Ausbesserungen selbst und auf seine Kosten zu bewirken (§ 582), und[4]) auf das

Wohnhaus bezw. Parterrewohnung mit Garten), so wird es (vgl. ALR. I, 21 § 260 und Mot. II S. 423) quaestio facti sein, ob Miete oder Pacht oder beides vorliegt.

[1]) Dieser Zusatz soll andeuten, daß auch solche „Erzeugnisse" der Sache (§ 95) dem Pächter zufallen, welche, wie die wegen Windbruchs gefällten Bäume, als Kapital zu betrachten sind. Vgl. Reichstagskommissionsbericht S. 1971.

[2]) Der Zins, welcher auch (vgl. Mot. II S. 422 und ALR. I, 21 §§ 265 f.) in einer Quote der Früchte des Pachtobjektes bestehen kann (sog. colonia partiaria), muß, wenn er nach Jahren bemessen ist, nach Ablauf jedes Pachtjahrs am ersten Werktage des folgenden Jahres entrichtet werden (§ 584), also nicht wie z. B. nach ALR. I, 21 § 297 quartalsweise. Eine Remission des Pachtzinses wegen Mißernte u. s. w. (vgl. ALR. I, 21 §§ 478 ff. und code civil art. 1770 ff. und für das gemeine Recht Windscheid § 400 S. 457) ist im BGB. nicht vorgesehen worden, weil sie insbesondere mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Versicherung gegen Hagelschaden entbehrlich sei. Vgl. Kommissionsber. S. 1971.

[3]) Vgl. ALR. I, 21 §§ 440 ff., 447 f., 450.

[4]) Vgl. ALR. I, 21 §§ 435 f.

Digitized by Google

Verbot ungenehmigter Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks, welche die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus beeinflussen könnten (§ 583), wie z. B. Verwandlung des Obstgartens in ein Vergnügungsetablissement. — Das gesetzliche Pfandrecht (oben S. 433 f.) des Verpächters wegen des Pachtzinses und der fällig gewordenen Entschädigungsansprüche erstreckt sich[1]) auch auf die Früchte des landwirtschaftlichen Grundstücks, sobald diese abgetrennt (geerntet) sind,[2]) und ist trotz eines gegenteiligen Antrages in der Reichstagskommission auch auf das Wirtschaftsinventar ausgedehnt worden (§ 585 Satz 2);[3]) es besteht ferner zu Gunsten des ganzen, auch künftigen Pachtzinses (§ 585 Satz 1) ohne Beschränkung auf das laufende und folgende Pachtjahr (vgl. § 559 Satz 2, oben S. 434) und bei einem Konflikte mit andern Gläubigern nicht blos wegen des Pachtzinses für das letzte Jahr.[4])

Die Vorschriften über Pacht samt Inventar (§§ 586—590) beziehen sich nicht blos (wie §§ 582—585) auf landwirtschaftliche Grundstücke, sondern auf Grundstücke jeder Art (z. B.[5]) Theater, Hotel, Restaurant, Biergarten). Hier trifft (§ 586) den Pächter die Sorge für Erhaltung der einzelnen Stücke und auch, soweit dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, die Ergänzung des gewöhnlichen Abganges der Tiere aus dem Nachwuchse;[6]) die weitere Gefahr für einen vom Pächter nicht zu vertretenden Umstand und die sonstige Ergänzung in Abgang gekommener Inventarstücke trägt dagegen der Verpächter. — Ist jedoch das Inventar zu einem Schätzungswerte übernommen und zum gleichen Werte zurückzugewähren (§ 587), ist also als Absicht der Kontrahenten ein sog.

[1]) Vgl. zum Nachstehenden insbesondere auch Denkschr. S. 111 bis 113.

[2]) Denn die fructus pendentes stehen noch im Eigentum des Verpächters. Vgl. §§ 953 ff. und Meisner S. 167 Anm. 4.

[3]) Vgl. Reichstagsvorlage § 578, Kommissionsprot. nach Haidlen S. 647.

[4]) Diese Bestimmung entspricht der Konkursordnung § 41 Nr. 2 (im Gegensatze zu Nr. 4). Vgl. jetzt Reichstagsvorlage Nr. 21 (§ 41 Nr. 2) und oben S. 434 Anm. 6.

[5]) Vgl. auch Kommissionsprot. bei Haidlen S. 648/49.

[6]) Sehr viel kasuistischer ALR. I, 21 §§ 453—473.

Digitized by Google

„Eisernviehvertrag" nach deutschrechtlicher Art[1]) anzunehmen,[2]) so gilt der Grundsatz „Eisern Vieh stirbt nie", d. h. (§ 588 I Satz 1) der Pächter trägt die Gefahr des Zufalls, muß das Inventar, über welches er (§ 588 I Satz 2) in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft frei verfügen darf, nach den Regeln einer solchen ergänzen (§ 588 II Satz 1) und muß bei Beendigung der Pacht alles vorhandene Inventar zurückgeben (§ 589 I); hier erfolgt dann wegen des etwaigen Mehrbetrages oder Minderbetrages unter den Parteien eine Ausgleichung in Geld (§ 589 III),[3]) bei der aber Preisschwankungen der Zwischenzeit unberücksichtigt bleiben.[4]) — Überflüssige und allzu wertvolle Inventarstücke, welche der Pächter angeschafft hatte, anzunehmen, kann der Verpächter sich weigern (§ 589 II);[5]) hierbei, sowie bei der Anschaffung der Ergänzungsstücke durch den Pächter (§ 588 II Satz 2) gelten interessante Besonderheiten wegen des Eigentumsüberganges, indem dieser auch ohne Tradition oder constitutum possessorium zu Gunsten des Verpächters mit der Einverleibung der neuen Stücke ins Inventar (durch den Pächter), zu Gunsten des Pächters mit Ablehnung der überflüssigen oder allzu wertvollen Stücke (durch den Verpächter) erfolgt.

Auf Grundstücke jeglicher Art (vgl. oben S. 440) bezieht sich auch die Vorschrift des § 590, nach welcher — entsprechend der Konkursordnung § 41 Nr. 3[6]) — auch der Pächter (selbst betreffs einzelner Stücke) ein durch Sicherheitsleistung abwendbares (§ 562, oben S. 434 Anm. 11), gesetzliches Pfandrecht besitzt, und zwar an den Inventarstücken und wegen der auf sie bezüglichen Ansprüche gegen den Verpächter.

---

[1]) Vgl. ALR. I, 21 §§ 474 ff.

[2]) Also eine Schätzung taxationis causa, nicht venditionis causa (wie nach römischem Recht); vgl. Meisner S. 168 Anm. 1. — Von der sog. „Viehverstellung" d. h. Unterbringung von nutzbarem Vieh gegen Entgelt spricht das BGB. dagegen nicht einmal mittelbar. Vgl. Mot. II S. 434, 441 ff.

[3]) Ebenso nach § 594 I bei Pacht eines Landguts; alsdann auch für die vom Pächter nach einer Schätzung übernommenen und bei Beendigung der Pacht zurückzulassenden Vorräte.

[4]) Vgl. Mot. II S. 437.

[5]) Vgl. zu § 594 oben Anm. 3.

[6]) Vgl. dazu Reichstagsvorlage Nr. 21 § 41 Nr. 2.

Digitized by Google

Die Rückgewähr des Grundstückes ist nach §§ 591—594 verschieden gestaltet, je nachdem es sich um landwirtschaftliche Grundstücke[1]) überhaupt oder um Landgüter im besondern[1]) handelt.[2])

Die Modifikationen, welche im Vergleiche zur Miete bei der Kündigung der Pacht eintreten, gehen dahin, daß (§ 596) die Kündigung ausgeschlossen ist: für den Pächter wegen Versetzung (§ 570, oben S. 436) und wegen verweigerter Gestattung der (nach § 581 II) auch hier (vgl. oben S. 432) prinzipiell ausgeschlossenen Unterverpachtung[3]) (§ 596 III und I); für den Verpächter wegen Todes des Pächters[4]) (§ 596 II). Soweit darnach eine vorzeitige Kündigung möglich bleibt[5]) (§ 595 II) und ferner mangels näherer vertragsmäßiger Bestimmung (§ 595 I) ist — wenigstens bei Grundstücken und Rechten (z. B. Jagdrecht, Bergwerksnutzung), nicht bei Mobilien — die Kündigungsfrist zu Gunsten des Pächters[6]) auf 6 Monate[7]) verlängert worden, d. h. sie darf nur für den Schluß

---

[1]) Wegen dieser Begriffe vgl. oben S. 206 Anm. 2.

[2]) Die Regel der §§ 548, 556, 581 II wird aus volkswirtschaftlichem Interesse (Mot. II S. 439 und 441) dahin modifiziert, daß nicht Rückgabe im wirtschaftlichen Zustande z. Z. der Uebergabe an den Pächter erforderlich ist, sondern — je nach der Sachlage zu Gunsten der einen oder der anderen Partei — Rückgabe in einem Zustande, wie ihn eine ordnungsmäßige, nach landwirtschaftlichen Regeln erfolgte Wirtschaftsführung ergeben würde (§ 591); jedoch bei Beendigung der Pacht mitten im Pachtjahre unter Ersatz der Kosten, die der Pächter auf die fructus nondum percepti verwendet hat (§ 592). Für Landgüter im besonderen bietet dann § 593 eine Modifikation zu § 591. Ueber den eine Landgüterpacht unter Schätzung des wirtschaftlichen Zustandes betreffenden § 594 vgl. oben S. 441 Anm. 3 und 5.

[3]) Der Verpächter, welcher noch mehr als der Vermieter Gewicht auf die Persönlichkeit (Tüchtigkeit) des Gegenkontrahenten legen wird, soll also auch nicht einmal indirekt zur Gestattung der Unterpacht gezwungen sein. Vgl. Mot. II S. 423.

[4]) Die Erben, welche den Ertrag der in das Grundstück gesteckten Geld- und Arbeitswerte erst im Laufe der Pachtzeit herausziehen und bei plötzlicher Kündigung für die kurze Restzeit schwerlich einen geeigneten Unterpächter (oder Verwalter) finden würden, sollen nicht einer solchen Kündigung ausgesetzt sein (anders ALR. I, 21 §§ 368 f.), dürfen aber natürlich ihrerseits zufolge § 569 kündigen. Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 658.

[5]) Vgl. den Schluß der vorigen Anmerkung, sowie wegen §§ 553 f., 565—567 oben S. 433, 435 f.

[6]) Ueber die Gründe vgl. oben Anmerkung 4 a. A. (Mot. II S. 427).

[7]) Ebenso ALR. I, 21 §§ 342 f.

Digitized by Google

des konkreten Pachtjahrs[1]) und zwar spätestens am ersten Werktage des letzten Halbjahres erfolgen.

Stillschweigende Verlängerung der Pacht ist (§ 581 II) ebenso statthaft wie relocatio tacita (oben S. 436); verweigert, abgesehen von diesem Fall, der Pächter nach Beendigung der Pacht die Herausgabe des Gegenstandes,[2]) so bemißt sich die Entschädigungsforderung des Verpächters nicht blos (§ 557, oben S. 433) nach der Zeitdauer der Vorenthaltung, sondern auch (§ 597) nach den auf diese Zeit entfallenden fructus percepti et percipiendi.[3])[4])

Vierter Titel. § 110. Die Leihe.

Die Leihe ist, wie im älteren Recht (und entgegen dem vulgären Sprachgebrauche)[5]) ein auf Gestattung unentgeltlichen Gebrauches einer Sache[6]) gerichteter Vertrag (§ 598), über dessen Rechtsnatur — ob Real- oder Konsensualkontrakt — das BGB. absichtlich[7]) schweigt und für den es im allgemeinen auch gleichgültig ist, ob er als precarium im römischrechtlichen Sinne seitens des Verleihers frei widerruflich ist[8]) oder ob der Widerruf für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen sein soll.

Der Verleiher, welcher zwar nicht wie der Vermieter (oben S. 427) zur Gewährung, wohl aber zur Gestattung (§ 598), d. h. Überlassung des Gebrauches verpflichtet ist,[9]) haftet, gleich dem

[1]) Nicht (wie nach ALR. I, 21 § 343) am Schlusse des schwankenden und unbestimmten Wirtschaftsjahres; vgl. Mot. II S. 427.

[2]) Im weitesten Sinne (oben S. 179/180).

[3]) Vgl. Kommissionsprotok. nach Haidlen S. 659.

[4]) Wegen der Uebergangszeit (EBGB. Art. 171) vgl. oben S. 438.

[5]) Vgl. das Wort „Leihbibliothek".

[6]) Bewegliche oder unbewegliche körperliche Sache (vgl. oben S. 179), z. B. auch Geld oder Wertpapiere (etwa zur Kautionsleistung, vgl. Meisner S. 171/172); nicht aber (wie in ALR. I, 21 §§ 229, 233) auch Rechte.

[7]) Mot. II S. 444. Vielfach wird behauptet, daß es im modernen Recht nur noch Konsensualverträge gibt. Vgl. auch Mot. II S. 305. Man wird jedoch (mit Endemann S. 449, 829 Anm. 1 und Schollmeyer S. 60 u. S. 65) auch in Zukunft noch an einer besonderen Gruppe der Realkontrakte festhalten können und ihnen alsdann selbstverständlich die Leihe (ferner das Darlehen, die Verwahrung und die Einbringung bei Gastwirten) unterstellen. Dagegen ist das Faustpfand, BGB. § 1205, kein obligatorischer, sondern ein dinglicher Vertrag.

[8]) Vgl. Kommissionsprotok. nach Haidlen S. 661 und auch ALR. I, 21 §§ 231 ff.

[9]) Vgl. Mot. II S. 446.

Digitized by Google

Schenker (oben S. 423), abgesehen vom Falle der arglistigen Verschweigung eines juristischen oder physischen Mangels der Sache (§ 600), nur wegen Vorsatzes und grober (nicht auch wegen einfacher) Fahrlässigkeit (§ 599).[1]) Er hat, gleich dem Vermieter[2]) (oben S. 431), die zur Erhaltung der Sache erfolgten ungewöhnlichen Aufwendungen dem Entleiher wie einem negotiorum gestor zu ersetzen (§ 601 II Satz 1), hat aber seinerseits keine Ersatzansprüche wegen der durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführten Veränderungen oder Verschlechterungen (§ 602).

Der Entleiher, welcher nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 276, 278, oben S. 342) für jedes Verschulden und auch für das seiner Hilfspersonen haftet,[3]) muß insbesondere für vertragswidrigen Gebrauch[4]) einstehen, wohin auch die (hier, wie bei Miete und Pacht, oben S. 432 und S. 442) prinzipiell unstatthafte Überlassung an einen Dritten[5]) gehört (§ 603). Ihm fallen die gewöhnlichen Kosten für Erhaltung des Vertragsobjekts[6]) zur Last (§ 601 I), während er wegen außergewöhnlicher Verwendungen auf das jus tollendi beschränkt ist (§ 601 II Satz 2). Zur Rückgabe ist er[7]) nach Endigung des Vertragsverhältnisses verpflichtet, und diese tritt ein (§ 604 I und II Satz 1) mit Ablauf der kontraktsmäßigen Zeit bezw. mit Erledigung des der Leihe zu Grunde liegenden Zweckes (z. B. der Reise, für welche man sich einen Bädecker borgte).

Mangels solcher aus der Abrede oder dem Zwecke sich ergebenden Zeit kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern

[1]) Vgl. ebenso ALR. I, 21 § 257; wegen des gemeinen Rechts Dernburg II § 90 S. 246.

[2]) Vgl. Kommissionsprotok. nach Haiblen S. 663.

[3]) Vgl. auch ALR. I, 21 §§ 248 f. und wegen des gemeinen Rechts l. 10 § 1, l. 11, l. 20 D. commod. 13, 6.

[4]) Und darum auch für den die Sache infolge vertragswidrigen Gebrauches treffenden Zufall. Vgl. BGB. § 280 (oben S. 337), sowie ALR. a. a. O. § 251, code civil art. 1881, Mot. II S. 450.

[5]) Vgl. ALR. I, 21 § 237. Das Rückforderungsrecht steht dem Verleiher auch gegen diesen Dritten direkt zu (§ 604 IV; vgl. § 556 III, oben S. 433).

[6]) Bei Tieren insbes. die Fütterungskosten (nicht aber, Endemann und Gareis S. 164, die Kosten für tierärztliche Behandlung). Vgl. Sächs. BGB. § 1179 (und auch ALR. I, 21 §§ 241 ff.).

[7]) Bezw. sind die mehreren Entleiher als Gemeinschuldner verpflichtet. Vgl. § 431 (oben S. 390) und Mot. II S. 451.

Digitized by Google

(§ 604 III)[1]) und auch vor Erledigung des Zweckes, wenn der Entleiher den beabsichtigten Gebrauch füglich bereits hätte machen (z. B. das geborgte Buch durchlesen) können[2]) (§ 604 II Satz 2). — Dies Rückforderungsrecht von einer Kündigung (nebst Kündigungsfrist) abhängen lassen, hat der Gesetzgeber vermieden,[3]) wohl aber bezeichnet er konform dem bei der Miete und Pacht gewählten Sprachgebrauche als „Kündigung" die außerordentliche Befugnis des Verleihers (§ 605), die Sache bei eigenem unvorhergesehenen Bedarfe, bei vertragswidrigem oder sorglosem Benehmen des Entleihers und bei dessen Tode zurückzunehmen.[4])

Mit analoger Einführung der wegen der Miete geltenden Normen über die Verjährung der Parteiansprüche (§ 606, vgl. oben S. 435) sind die Vorschriften des BGB. über die Leihe erschöpft. Es schweigt also außer über die Rechtsnatur der Leihe und über das precarium (oben S. 443) namentlich über folgende in den Gesetzgebungen erörterten Punkte: über die Ausdehnung der Rückgabepflicht auf Zuwachs, Zubehör und Früchte[5]) — diese wurde als selbstverständlich übergangen[6]) —; über das Retentionsrecht des Entleihers wegen seiner fälligen Gegenansprüche — dieses sollte ihm, entgegen der Bestimmung anderer Kodifikationen,[7]) nicht genommen oder beschränkt werden[8]) —; über das dem Entleiher obliegende Verhalten, wenn außer dem Vertragsobjekte auch seine eigenen Sachen von einer gemeinsamen Gefahr bedroht sind[9]) — hier sollte die Entscheidung von der Sachlage abhängen.[10])

---

[1]) Vgl. ALR. I, 21 §§ 231 f. und dazu wegen des precarium auch oben S. 443 zu Anm. 8.

[2]) Diesen Fall lassen ALR. I, 21 § 234 und code civil art. 1888 unerwähnt.

[3]) Vgl. Mot. II S. 452.

[4]) Vgl. dazu auch ALR. I, 21 §§ 235 ff. — Der Tod des Verleihers ist einflußlos.

[5]) Vgl. ALR. I, 21 §§ 238 ff.

[6]) Vgl. Mot. II S. 444.

[7]) Vgl. ALR. I, 21 § 247 und I, 14 § 77.

[8]) Mot. II S. 449 (bei Haidlen S. 665 werden irrtümlich Mot. II S. 451—452 citiert).

[9]) Vgl. ALR. I, 21 § 250, code civil art. 1882, Sächs. BGB. § 1177 und wegen des gemeinen Rechts l. 5 § 4 Dig. commodati vel contra 13, 6.

[10]) Vgl. Mot. II S. 450.

Digitized by Google

Fünfter Titel. § 111. Das Darlehen.

Auch hinsichtlich des Darlehens faßt sich das BGB. (§§ 607 bis 610) erheblich kürzer als die älteren Kodifikationen,[1]) zumal ihm eine Beschränkung der Darlehensfähigkeit wegen des Standes[2]) oder wegen der Eigenschaft des Empfängers als Hauskind[3]) unbekannt ist, und zumal es[4]) Abstand nahm von besonderen Vorschriften über folgende Punkte: über die Form des Darlehensvertrages und des Schuldscheins;[5]) über die mangelnde Vertragsfähigkeit des Darlehensgebers;[6]) über Hindernisse des Eigentumsüberganges am Darlehensobjekte;[7]) über den sog. contractus mohatrae (Hingabe einer Sache zum Verkaufe und zur Einbehaltung ihres Erlöses als Darlehen);[8]) über die Hingabe eigenen Geldes zum Darlehen auf den Namen eines Dritten;[9]) über Irrtum des Empfängers in der Person des Darleihers;[10]) über versteckten Darlehenswucher;[11]) über die Folgen der Nichterfüllung eines Darlehensversprechens.[12])

Auch über den Gegenstand des Darlehensvertrages faßt sich das BGB. recht kurz, indem es[13]) (§ 607) nur Geld und andere vertretbare Sachen (oben S. 181 f.) als Darlehensobjekte zuläßt; übrigens auch (§ 607 II) in der Weise, daß diese Gegenstände, wenn sie aus einem andern Grunde geschuldet werden, mittels einfacher Abrede und ohne die sonst zur Hingabe des Eigentums erforderliche Übergabe zu Darlehensobjekten gemacht werden können,

---

[1]) So enthält ALR. I, 11 §§ 653 ff. nicht weniger als 216 Paragraphen, wovon allerdings §§ 803—852 von den Zinsen (vgl. oben S. 320 ff.) sprechen.

[2]) Vgl. wegen ALR. I, 11 §§ 674 ff. oben S. 141.

[3]) Das S. C. Macedonianum ist somit nunmehr auch für diejenigen gemeinrechtlichen Distrikte antiquiert, in denen es überhaupt noch Geltung besaß. Es aufrecht zu erhalten, wäre zwecklos gewesen, weil jetzt Eintritt der Geschäftsfähigkeit und Untergang der väterlichen Gewalt zusammenfallen (§§ 104 ff. und 1626, oben S. 106, 222).

[4]) Vgl. zum folgenden Mot. II S. 307 a. E., 308 ff.

[5]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 727 ff.

[6]) ALR. I, 11 § 674.

[7]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 661—670.

[8]) Ebenda §§ 715 ff.

[9]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 671 ff.

[10]) Sog. condictio Juventiana (l. 32 Dig. de reb. cred. 12, 1).

[11]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 715 ff.

[12]) Ebenda §§ 655, 658—660.

[13]) Vgl. dagegen ALR. I, 11 §§ 653, 853 ff.

Digitized by Google

so daß dem Schuldner alsdann die Einrede entzogen ist, die Überlassung zu Eigentum sei ausgeblieben.

Abgesehen hiervon gelten für die Frage des Eigentumserwerbes, insbesondere für die Folgen des wegen mala fides des Darlehensempfängers unterbliebenen Eigentumserwerbes, auch beim Darlehen die allgemeinen Grundsätze (§§ 929 ff., 816). — Die Eigentumsüberlassung kann sich übrigens auch als Erfüllung eines pactum de mutuo dando darstellen, das mit dem eigentlichen Darlehen nicht verwechselt werden darf; ein solches pactum würde sich nach den allgemeinen Vorschriften über Verträge richten[1]) und nur insofern von diesen abweichen, als das Darlehensversprechen[2]) in dubio unter der clausula rebus sic stantibus steht, indem wegen veränderter Vermögensverhältnisse des andern der Darlehensversprecher beliebig zurücktreten darf (§ 610).

Der Darlehensempfänger hat nicht das Hingegebene in Natur, sondern nur Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten[3]) (§ 607 I), und zwar bei der Fälligkeit des Darlehens, d. h. (§ 609) zur verabredeten Zeit oder nach Ablauf der Kündigungsfrist. Diese ist nach dem Vorbilde des ALR.[4]) in ihrer Ausdehnung von der Höhe des Objektes abhängig gemacht worden und beläuft sich mangels anderer Parteiabrede bei einer Valuta bis zu 300 Mark einschließlich auf einen Monat, bei allen höheren Beträgen auf drei Monate nach der beiden Teilen zustehenden Kündigung.[5])

Ein unverzinsliches Darlehen darf der Schuldner auch ohne

---

[1]) Vgl. z. B. über Haftung des Darlehensversprechers für Verzug oder Verschulden BGB. §§ 276, 278 ff., 284 ff., 288 (oben S. 339 ff.) und Meisner S. 176 Anm. 4.

[2]) Nicht aber andere ähnlich liegende Rechtsverhältnisse, z. B. Kreditkauf. Vgl. Mot. II S. 315.

[3]) Das gilt (vgl. ALR. a. a. O. §§ 793 ff.) auch für Inhaberpapiere, die das BGB. nicht besonders hervorhebt (Mot. II S. 309 f.).

[4]) ALR. I, 11 §§ 761 f. (bis 50 Thaler 4 Wochen, bei höheren Beträgen 3 Monate). Das gemeine Recht gestattet mangels Abrede einer Kündigung sofortige Rückzahlung, bezw. Rückforderung (vgl. Windscheid § 371 S. 366), was ohne die Sondervorschrift des BGB. § 609 I zufolge § 271 I auch jetzt gelten würde; die etwaige Zeitbestimmung wird aber auch hier nach § 271 II in dubio pro reo gelten.

[5]) Darüber daß sie ein einseitiges, empfangsbedürftiges, formloses Rechtsgeschäft ist, vgl. oben S. 223.

Digitized by Google

Kündigung zurückzahlen (§ 609 III), weil der Gläubiger hier ja an der Kündigung kein Interesse hat.[1])

Die (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbarten[2]) Zinsen sind, wie nach preußischem Recht,[3]) in dubio jährlich postnumerando bezw. bei Rückerstattung vor Ablauf eines Jahres zusammen mit dem Kapital zu berichtigen (§ 608).

Sechster Titel. § 112. Der Dienstvertrag.

Ebenso wie die bisherige Doktrin und Gesetzgebung hat das BGB. den Dienstvertrag — locatio conductio[4]) operarum — und den Werkvertrag — locatio conductio[4]) operis — eng an einander gestellt, indem es jenen in Titel VI mit den zwanzig §§ 611—630, diesen in Titel VII mit den einundzwanzig §§ 631 bis 651 erörtert. Neben diesen beiden Titeln kommen noch eine Reihe reichsrechtlicher Sondernormen über bestimmte besondere Arten des Dienst- oder Werkvertrages in Betracht,[5]) und dem Partikularrecht ist im wesentlichen[6]) der Gesindedienst verblieben.

Der Dienstvertrag hat uns im allgemeinsten Teile meiner Vorlesungen schon mehrfach beschäftigt, indem wir die Bestimmungen über die Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstpflichtigen (§§ 617 f.)[7]) eingehend erörterten, weil sie uns als Be-

---

[1]) Kommissionsprot. nach Haiblen S. 674.

[2]) „Die Verpflichtung zur Zahlung von Darlehenszinsen versteht sich nicht von selbst" (Mot. II S. 312).

[3]) ALR. I, 11 §§ 822 f.

[4]) Darüber, daß sich heutzutage beide Verträge nicht mehr als nahe Verwandte der Sachmiete betrachten lassen, vgl. W. Endemann in der oben S. 58 (59) Anm. 3 erwähnten Abhandlung S. 79 f., 90, F. Endemann S. 773 ff. und auch Meisner S. 179 Anm. 1, während Schollmeyer S. 34 ff. sie noch unter die „Gebrauchsüberlassungsverträge" stellt.

[5]) So insbes. (vgl. Mot. II S. 455) HGB. Art. 57 ff. (bezw. Fassung vom 10. Mai 1897 §§ 59 ff.) wegen der Handlungsgehilfen; ebenda Art. 478 ff. wegen des Schiffers (neue Fassung §§ 511 ff.); ebenda Art. 390 ff., 557 ff., (§§ 425 ff., 556 ff.) wegen des Frachtführers. Ferner „Arbeiterschutzgesetz" vom 1. Juni 1891 (Nov. zur Gew.O.) §§ 105 ff.

[6]) Vgl. EBGB. Art. 95, insbes. Abs. II. Darüber bereits oben S. 35, 61 und ferner EBGB. Art. 80.

[7]) Hiervon beruhen §§ 617, 618 II und 619 erst auf Reichstagsbeschluß. Vgl. Reichstagskommissionsber. S. 1977 ff., Sitzungsprot. S. 2805 ff., 3060. Vgl. auch Gerhard: Inwieweit sind die Vorschriften der Preuß. Gesinde-O. über die Rechtsverhältnisse bei Erkrankung des Gesindes durch das BGB. abgeändert? (in den Blät-

Digitized by Google

weis der modernen, sozialpolitischen Färbung des Gesetzbuchs dienten (vgl. S. 61 f.),[1] ebenso wie dies für die Regelung der Kündigung (§§ 620 ff.; vgl. oben S. 69) insbesondere gegenüber den mit Diensten höherer Art betrauten Personen (§ 622) zu konstatieren war (S. 62). Wie jene Fürsorgevorschriften, welche „zwingendes Recht" bieten (§ 619),[2] sich indessen nur als eine zeitgemäße Weiterentwickelung der bereits im älteren Gewerberecht[3] enthaltenen Maßregeln darstellen, so ist auch der Anspruch des Dienstpflichtigen auf ein schriftliches Zeugnis (§ 630)[4] dem Gewerbe- (und Gesinde-) recht[5] entnommen.

Im übrigen ist wegen des Dienstvertrages folgendes zu bemerken:

Gleichgültig ist es (§ 611 II) vor allem, worin die Dienste bestehen. Das BGB. unterscheidet nicht, wie das gemeine Recht,[6] zwischen operae liberales und operae illiberales (locari solitae), stellt also trotz der Proteste aus Kreisen der Anwälte und Ärzte auch deren Beruf sowie den der Lehrer u. s. w. in Titel VI ein, weil darin keine Herabwürdigung der freien Geistesarbeit zu finden sei.[7] Ihren Ansprüchen wird aber besondere Rechnung getragen durch das schon erwähnte Kündigungsrecht des § 622 und durch das Kündigungsrecht des § 627. (Wegen des § 675 vgl. unten S. 465).

---

tern für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts, Jahrg. 8 Nr. 10, 9. Okt. 1897, S. 93 ff.).

[1]) Vgl. übrigens auch wegen der analogen Ausdehnung dieser Vorschriften auf das Handelsrecht oben S. 46.

[2]) Zu § 619 vgl. wegen Parallelbestimmungen in den Arbeiterversicherungsgesetzen Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, S. 975 sub d.

[3]) Gewerbe-Ordnung § 120a—e („Arbeiterschutzgesetz", Nov. v. 1. Juni 1891); zu BGB. § 622 Gew.O. § 133a, HGB. Art. 61 (jetzt § 66).

[4]) § 630, welcher erst der II. Lesung entstammt, betrifft aber nur dauernde Dienstverhältnisse, um allzugroßer Belästigung der Arbeitgeber vorzubeugen. Vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 695.

[5]) Gewerbe-Ordnung § 113 und z. B. Preuß. Gesinde-O. § 171.

[6]) Und ähnlich zum Teil code civil (art. 1708, 1710 f., 1779), sowie ALR., das in I, 11 §§ 894—924 die Verträge zwischen Herrschaften und Gesinde, mit gedungenen Handarbeitern und Tagelöhnern und mit Handwerkern und Künstlern sondert und in II, 5 §§ 1—176 das Gesinde, in §§ 177 bis 186 die Hausoffizianten, in §§ 187 bis 195 die Erzieher und Erzieherinnen trennt.

[7]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 679.

Digitized by Google

Wesentlich ist für den Dienstvertrag die Entgeltlichkeit der Leistung, also die Vereinbarung einer Vergütung,[1]) durch die sich der Dienstvertrag insbesondere vom Auftrage (§§ 662 ff.; unter Umständen[2]) auch von der Schenkung, § 516) unterscheidet. Aber selbst beim Mangel einer ausdrücklichen Vereinbarung kann sich zufolge § 612[3]) aus den Umständen eine stillschweigende Vereinbarung und die Höhe der Vergütung ergeben.[4])

Dem Anspruche auf die Vergütung muß (§ 614) — wie bei der Sachmiete die Gebrauchsgewährung (§ 551, oben S. 432) — die Dienstleistung als Vorleistung vorangehen; er wird — wie dort — bei Bemessung nach Zeitabschnitten auch nach Ablauf jedes Zeitabschnittes fällig und bleibt rücksichtlich der wirklich geleisteten Thätigkeit auch ohne die Notwendigkeit einer Nachleistung des fehlenden Restes bestehen, wenn der Dienstberechtigte die Annahme der Dienstleistung verzögert (§ 615 Satz 1): eine im wesentlichen dem gemeinen Recht[5]) und dem Sächsischen Gesetzbuch[6]) entsprechende Vorschrift, die wir, was die Befugnis des Dienstberechtigten zum Abzuge von Ersparnissen oder chikanösen Arbeitsversäumnissen des Dienstpflichtigen (§ 615 Satz 2) anbetrifft, bereits kennen (oben S. 68), wie uns auch schon die „auf sozialpolitischen Rücksichten und Gründen der Humanität“[7]) beruhende Bestimmung des § 616[8]) bekannt ist (oben S. 62).

[1]) Ueber die Zeit und über die Art und Weise der Dienste kann es an einer näheren (ausdrücklichen) Vereinbarung ebenso fehlen, wie es hierfür an Vorschriften im BGB. fehlt. Die Vergütung muß (wie bei Miete und Pacht, vgl. oben S. 427) nicht notwendig in Geld bestehen.

[2]) Sofern nämlich der Begriff der Schenkung nicht darum ausgeschlossen ist, „weil es an einer Bereicherung des Berechtigten oder an einem Aermerwerden des Verpflichteten fehlt“ (Mot. II S. 459).

[3]) Vgl. Sächs. BGB. §§ 1231, 820, ALR. I, 11 §§ 873 f.

[4]) Im äußersten Falle käme § 316 (oben S. 353) zur Anwendung.

[5]) Vgl. l. 19 § 9; l. 38 pr. Dig. locati 19, 2. In vielen Punkten anders ALR. I, 11 § 878 (I, 5 §§ 408 f.), § 879 (I, 5 § 364), §§ 884 ff., 908, 917.

[6]) Sächs. BGB. § 1239.

[7]) Vgl. Mot. II S. 463, die als Beispiel die Einziehung zum Militärdienste anführen.

[8]) Für § 616 Satz 2 (vorbildlich war das „Arbeiterschutzgesetz“ — vgl. oben S. 448 Anm. 1. — § 133c) kommen alle Fälle des Versicherungszwanges, selbst die des blos bedingten (relativen, statutarischen) Zwanges (vgl. Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts

Digitized by Google

Der Dienstvertrag ist (§ 613) für beide Teile rücksichtlich der Dienstleistung (nicht rücksichtlich der Vergütung) im Zweifel höchstpersönlich und endet (§ 620) mit Ablauf der Zeit, welche sich aus der Parteiabrede oder dem Zwecke und der Beschaffenheit der Dienste[1]) ergibt, resp. nach stattgehabter Kündigung. Diese Kündigung, über welche § 622 (oben S. 449) und die andern bisher noch nicht erörterten Bestimmungen des BGB. (§§ 621—629) handeln, weist, wie ich schon (S. 69 und 449) bemerkte, sozialpolitische Ideen auf, und zwar nicht blos wegen der Kündigungsfristen für die zur Leistung von Diensten höherer Art mit festen Bezügen[2]) Angestellten (§ 622),[3]) sondern auch in der Bestimmung des § 629,[4]) daß dem Dienstpflichtigen nach erfolgter Kündigung (auch von seiner Seite) auf Verlangen angemessene Zeit zur Umschau nach einem neuen Dienstverhältnisse gewährt werden muß.

Bei Dienstverhältnissen höherer Art kann nur zum Schlusse des Kalenderquartals mit sechswöchentlicher Kündigungsfrist gekündigt werden (§ 622). Wenn jedoch einerseits kein dauerndes Dienstverhältnis mit festem Honorarbezuge, andererseits aber ein Vertrauensposten (wie die Führung eines Prozesses durch den Anwalt) vorliegt, so bedarf es (§ 627), wenn das Vertrauen erschüttert ist, zur sofortigen Kündigung nicht einmal, wie nach der Regel des § 626,[5]) eines „wichtigen Grundes". Ein solcher rechtfertigt aber bei Dienstverhältnissen aller Art den sofortigen Rücktritt des Dienst-

§ 166 S. 874 sub 2b, § 23 S. 102 f. sub A, § 72 S. 348 sub II) — aber nur bei Kranken- und Unfall-, nicht auch bei Invaliditäts- und Altersversicherung — in Betracht, dagegen nicht eine freiwillige Versicherung, sei es nach Reichsversicherungsrecht (Weyl § 166 S. 870 sub 5, 876 sub 5), sei es bei einer privaten Versicherungsgesellschaft. Vgl. auch Kommissionsprot. nach Haidlen S. 685.

[1]) So endet ein auf Herstellung einer bestimmten Stückzahl gegen Stücklohn gerichteter Dienstvertrag erst nach Herstellung der vereinbarten Stückzahl.

[2]) Als Beispiele nennen die Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 693) die Dienste des Leibarztes, Hofmeisters und Syndikus. Den Gegensatz bilden die in § 627 I gedachten Fälle.

[3]) Andere Fristen in ALR. II, 5 §§ 180, 186 f., 195, Gesinde-O. § 112.

[4]) Dieser Paragraph ist erst durch den Reichstag eingefügt worden. Vgl. Reichstagskommissionsber. S. 1978, Sitzungsprot. S. 2814, 3060.

[5]) Vgl. dazu Reinhard im Sächsischen Archiv Bd. VII (1897) S. 37 f.

Digitized by Google

pflichtigen, ohne daß er darauf Rücksicht zu nehmen hat, ob der Berechtigte eine Ersatzkraft gewinnt, und der gänzliche Mangel eines wichtigen Grundes hat nur eine Schadensersatzpflicht des Dienstpflichtigen zur Folge.[1])

Durch die für Dienstverhältnisse jeder Art geltende Regel des des § 626 hat das BGB. die Verschiedenheiten des älteren Rechts[2]) und insbesondere die komplizierten Vorschriften des ALR.[3]) beseitigt und die Kündigung von Verschulden des andern Teils unabhängig gemacht.[4]) — Im übrigen ist wegen der Kündigung zu unterscheiden, ob die Vergütung nach bestimmten Zeitabschnitten bemessen ist oder nicht: in jenem Falle stellt das BGB. (§ 621) — ähnlich wie bei der Miete[5]) — für die verschiedenen Möglichkeiten (Tagelohn, Wochen-, Monats-, Quartals-, Jahreslohn) verschiedene Kündigungsfristen auf; in diesem Falle (§ 623) gestattet es im Prinzip die Kündigung jederzeit (zweiwöchentliche Kündigungsfrist gilt jedoch bei Diensten, welche die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten ganz oder hauptsächlich in Anspruch nehmen).

Sozialpolitische und volkswirtschaftliche Erwägungen[6]) haben auch zu der Bestimmung des § 624 geführt, daß man an ein für länger als fünf[7]) Jahre oder gar für Lebenszeit eingegangenes Dienstverhältnis höchstens für fünf Jahre (bei sechsmonatlicher Kündigungsfrist) gefesselt sein solle: ein Gedanke, den in teilweise anderer Ausgestaltung bereits die älteren Kodifikationen[8]) — in Preußen außer der Gesindeordnung[9]) auch das Landeskulturedikt vom 14. September 1811[10]) für die Dienstverträge mit Landarbeitern — zum Ausdrucke gebracht hatten.

[1]) Vgl. dazu auch Reinhard im Sächs. Archiv VII, 1897, S. 37 f.

[2]) Vgl. außer ALR. (folgende Anmerkung) Sächs. BGB. §§ 1241 f.

[3]) ALR. I, 11 § 878; I, 5 §§ 408 ff., 377 ff.

[4]) Vgl. Mot. II S. 465, Denkschrift S. 121.

[5]) BGB. § 565; vgl. oben S. 435 f.

[6]) Mot. II S. 465 ff. Vgl. dazu auch Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 29 f.

[7]) Der erste Entwurf (§ 564) sagt: 10 Jahre.

[8]) Vgl. Sächs. BGB. § 1234, code civil art. 1780.

[9]) Ges.O. vom 8. November 1810 § 40.

[10]) Edikt vom 14. September 1811 (Ges.S. S. 300) § 7: solche Verträge der Gutsherren durften nicht auf mehr als 12 Jahre bemessen sein.

Digitized by Google

Auch beim Dienstvertrage ist stillschweigende Verlängerung möglich mit der Wirkung, daß — wie bei der Miete (oben S. 436) — der Vertrag fortab auf unbestimmte Zeit[1]) prolongiert gilt, jedoch nicht unter zweiwöchentlicher Frist für den Widerspruch des andern Teils, sondern unter der Pflicht zu unverzüglichem Widerspruche (§ 625).[2])

Eine Sondervorschrift enthält § 628, um die gegenseitigen Ansprüche der Parteien im Falle einer Kündigung abzugrenzen. Sowohl für den Anspruch des Dienstpflichtigen auf Vergütung, wie für den Anspruch des Dienstberechtigten auf Schadensersatz ist es dabei wichtig, ob die Gegenpartei die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten heraufbeschworen hat.

Welchen Einfluß der Tod einer der Parteien habe, muß mangels ausdrücklicher Bestimmungen des BGB. der Einzelfall ergeben; so kann der Tod als „wichtiger Grund" zur Kündigung nach § 626 in Betracht kommen.[3])

Siebenter Titel. § 113. Der Werkvertrag.

Der Werkvertrag, welcher in Tit. VII (§§ 631—651) erörtert wird, zeigt zwar in manchen Einzelheiten (vgl. unten S. 455) Ähnlichkeit mit dem Dienstvertrage, weicht aber von diesem nicht nur in der Ausgestaltung der vom Gesetzgeber (§§ 633—639) sehr gründlich behandelten Gewährleistung, sondern schon in seinem Wesen darum erheblich ab, weil er auf seiten des „Unternehmers" nicht — wie der Dienstvertrag für den Dienstpflichtigen — die Dienste und die Arbeit als solche zum Gegenstand hat, sondern das Arbeitsprodukt oder den durch Arbeit und Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg,[4]) also z. B. nicht Bauthätigkeit, sondern den Bau, nicht das Bemalen der Wand, sondern die Herstellung des Freskogemäldes.

Indem § 631 II als Gegenstand des Werkvertrages neben der

[1]) Anders Sächs. BGB. § 1234 Satz 2.

[2]) Wegen der Uebergangszeit (EBGB. Art. 171) vgl. oben S. 438.

[3]) Vgl. Mot. II S. 465. Vgl. auch BGB. § 613 (oben S. 451).

[4]) Ebenso das geltende Recht; für Preußen vgl. insbes. ALR. I, 11 §§ 869, 925.

Digitized by Google

Herstellung oder Veränderung einer Sache (z. B. eines Kleidungsstückes: Neufertigung nach Maß oder Modernisierung), also neben „materiellen Produktionen“[1]) ausdrücklich jeden anderen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg bezeichnet, gestattet es, hierunter auch z. B. den Personen- und Sachentransport (Frachtvertrag) zu subsumieren,[2]) ferner aber auch immaterielle (künstlerische oder wissenschaftliche) „Schöpfungen“[3]) und Erfolge: wie Anfertigung einer Festkantate oder eines Lehrbuchs oder Vorbereitung zum Fähnrichsexamen. Mit dieser Ausdehnung des Werkvertrages schließt sich der Gesetzgeber dem gemeinen und sächsischen Rechte an,[4]) während das gleiche Ergebnis nach preußischem Recht[5]) mindestens zweifelhaft ist.

Die in ihren Konsequenzen[6]) sehr bedeutsame Frage, ob im konkreten Fall ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt oder ein Gemisch aus beiden, wird nach der Lage des Einzelfalles zu entscheiden sein; ebenso die Frage, ob vielleicht ein nach den allgemeineren Rechtsvorschriften zu beurteilender Lieferungsvertrag[7]) gegeben ist. Gleichgültig ist es dabei[8]) im Prinzipe, ob der Unternehmer die Leistung persönlich auszuführen hat[9]) oder ob er sie nur in Entreprise nahm, und ob die Vergütung in Pausch und Bogen[10]) für das ganze Werk oder als Stücklohn bezw. nach Zeit

---

[1]) Mot. II S. 506.

[2]) Soweit dieses nicht (vgl. oben S. 448 Anm. 5) durch das HGB. oder andere „Extravaganten“ der Reichsgesetzgebung geregelt wird.

[3]) Mot. a. a. O.; vgl. auch Denkschrift S. 123. Also operae liberales; vgl. oben S. 449.

[4]) Vgl. für das gemeine Recht Windscheid § 404 S. 472, für das Sächsische Recht Sächs. BGB. § 1243 Satz 1. — Anders (nur Herstellung eines Werkes, einer Sache) auch code civil art. 1779 Nr. 3, 1787 ff.

[5]) Vgl. genauere Nachweise über die Judikatur Mot. II S. 471.

[6]) Namentlich wegen der Gefahrtragung. Vgl. BGB. § 323 einerseits und § 616 anderseits und auch Meisner S. 188 sub 2 a. E.

[7]) Im Sinne des ALR. I, 11 §§ 981 ff. und des HGB. Art. 338.

[8]) Vgl. Mot. II S. 472/473.

[9]) Dies gehört nach ALR. I, 11 §§ 928 f. zum Wesen des eigentlichen Werkvertrages und bildet beim Dienstvertrage auch nach BGB. (§ 613, oben S. 451) die Regel.

[10]) Ob auch dies nach preußischem Recht zum Wesen des Werkvertrages gehört, ist bestritten. Vgl. einerseits Obertribunal in Striethorsts Archiv Bd. 20 Nr. 58 S. 240 ff., anderseits Entsch. d. Reichsgerichts Bd. 10 Nr. 55 S. 204 ff. und Bd. 11 Nr. 58 S. 263 ff.

Digitized by Google

geleistet werden soll. — Über die Art, wie die auch beim Werkvertrage zu dessen Wesen gehörige (§ 631 I) Vergütung zu leisten sei, spricht das BGB. in § 641 I;[1]) über ihre Bemessung bietet es in § 632 die gleiche Aushilfsvorschrift, wie in § 612 (oben S. 450) betreffs des Dienstvertrages.

Besondere Vorschriften gelten für Bauten (§§ 638 und 648, unten S. 458 f.). Ferner für die Herstellung eines Werkes aus einem vom Unternehmer selbst zu beschaffenden Stoffe (nicht aber bei bloßer Beschaffung von Zuthaten und sonstigen Nebensachen, § 651 II); denn solche Verträge erinnern[2]) schon lebhaft an den Kaufvertrag und werden darum[3]) (§ 651 I) nach dessen Regeln beurteilt:[4]) und zwar durchweg, sofern eine vertretbare Sache (z. B. die Zubereitung von Apfelwein, von Leinwand, von Schreibheften) den vertragsmäßigen Gegenstand der Herstellung und der alsdann obwaltenden Pflicht des Unternehmers zur Übergabe der Sache und zur Verschaffung des Eigentums daran bildet; dagegen finden, wenn nicht gerade eine vertretbare Sache (sondern z. B. ein Portrait, ein Gedicht) herzustellen ist, die Vorschriften vom Kauf nur Anwendung mit einigen dem Werkvertrage angehörigen und sehr wesentlichen Modifikationen[5]) wegen des Gefahrüberganges, der Mängelgewähr und der Verjährung.[6])

---

[1]) Vgl. dazu ALR. I, 11 §§ 932 ff., Sächs. BGB. §§ 1246, 1243 Satz 2 (1231, 1233, 1237, 1240) und wegen des Dienstvertrages BGB. § 614 (oben S. 450).

[2]) Im Gegensatze zu den Fällen, wenn der Besteller selbst den Stoff liefert. Vgl. Mot. II S. 476 ff.

[3]) Wie nach HGB. Art. 338.

[4]) Die Denkschrift S. 126 (vgl. Kommissionsprot. bei Haiblen S. 724 f.) begründet dies damit, daß hier nach der Anschauung des täglichen Lebens der Gedanke an die Arbeitsleistung zurücktritt, zumal solche vertretbaren Sachen regelmäßig einen größeren Abnehmerkreis haben und daher vielfach auf Vorrat gefertigt werden.

[5]) Zu den in BGB. § 651 I Satz 2 citierten Vorschriften ist zu bemerken, daß §§ 647 und 648 als gegenstandslos unanwendbar bleiben sollen, daß § 433 dem § 651 I Satz 1 entspricht und daß statt §§ 446 I Satz 1, 447 wegen der Gefahrtragung §§ 644 ff., statt §§ 459 f., 462 ff. wegen der Gewährleistung §§ 633 ff. und statt §§ 477 ff. wegen der Verjährung § 639 Anwendung finden.

[6]) ALR. I, 11 §§ 926, 956 ff., 976 ff. nimmt bei Lieferung des Materials durch den Unternehmer stets einen Werkvertrag an, das gemeine Recht (vgl. Mot. II S. 474) stets einen Kaufvertrag. Beide unterscheiden nicht,

Digitized by Google

Doch auch die eigentlichen Sondervorschriften des Gesetzes über den Werkvertrag weisen, was speziell die Gewährleistung wegen eines Mangels betrifft, viele Anklänge an die Vorschriften über den Kaufvertrag auf; mehrfach finden sich aber auch Anklänge an die Vorschriften über die Miete und vor allem auch Anlehnungen an die allgemeineren Grundsätze des Obligationsrechts über die Rechtsfolgen der Nichterfüllung des Vertrages überhaupt bezw. des bilateralen Vertrages im besonderen. Das Gesamtresultat dieser Mischung weicht in vielen Punkten von den geltenden Systemen ab.

Weil sie einigen uns schon bekannten Vorschriften wörtlich, oder fast ganz wörtlich, und inhaltlich nachgebildet sind, bedürfen der genaueren Erörterung nicht mehr die Bestimmungen in §§ 633 I (vgl. § 459 I Satz 1, oben S. 403), 633 III (vgl. 538 II, oben S. 429), 637 (vgl. § 476, oben S. 405), § 638 (vgl. § 477 I, oben S. 409 f.), § 640 II (vgl. § 464, oben S. 429), § 641 I (vgl. § 433 II und § 614 vgl. oben S. 395 und S. 450), § 641 II (vgl. § 452, oben S. 396).

Wegen der Gewährleistungspflicht des Unternehmers bleibt aber noch folgendes hervorzuheben. Der Mangel berechtigt den Besteller zunächst nur zu dem (zwar bei Notwendigkeit eines unverhältnismäßigen Aufwandes, nicht jedoch bei Unerheblichkeit der Mängel in Fortfall kommenden, vgl. oben S. 66)[1] Anspruche auf Beseitigung des Mangels (§ 633 II)[2] und zur Fristsetzung[3] behufs Beseitigung des Mangels[4] (§ 634 I Satz 1); erst nach erfolglosem Ablaufe der Frist ist (§ 634 I Satz 3) der Besteller unter nunmehrigem Fortfall des Anspruchs auf Mangelbeseitigung zu der

wie das BGB., zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen als Gegenstand der Herstellung.

[1]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 947 ff. (wo I, 5 § 325 nicht herangezogen wird).

[2]) Vgl. Sächs. BGB. § 1247.

[3]) Wegen dieser Fristsetzung vgl. zu § 634 I insbes. § 326 I Satz 1 (oben S. 360). — Wegen Fortfall der Fristsetzungspflicht vgl. § 634 II (und dazu teilweise § 326 II, oben S. 360), wegen Beginnes der Fristsetzungsbefugnis und Bemessung der Frist § 634 I Satz 2.

[4]) Der vorgängigen Klage auf Mangelbeseitigung (vgl. § 283, oben S. 338) bedarf es also nicht. Wegen des Selbsthilferechts des Bestellers (§ 633 III) vgl. oben S. 429 zu § 538 II.

Digitized by Google

Wandelungs- oder Minderungsklage bezw. bei unerheblicher Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes durch den Mangel nur zur Minderungsklage berechtigt (§ 634 III). Diese ädilitischen Rechtsmittel werden hier genau wie beim Kauf behandelt (§ 634 IV).[1]) Beide Ansprüche sind von einem Verschulden des Unternehmers bezw. seines Hilfspersonals unabhängig; ein solches Verschulden hat vielmehr nur die besondere Rechtsfolge (§ 635), daß[2]) der Besteller auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen darf. Auch ein Verzug des Unternehmers (§ 636 I Satz 2) zieht die normalen Folgen des Schuldnerverzuges (oben S. 343 ff.) nach sich; aber unabhängig vom Verzuge dehnt das Gesetz (§ 636 I Satz 1) die Verantwortlichkeit des Unternehmers auch auf jede, selbst nur einen Teil betreffende und etwa[3]) durch einen Strike verursachte Unpünktlichkeit aus, indem es auch hier dem Besteller nach erfolglosem Ablaufe der Frist[4]) zur Mangelbeseitigung den Anspruch auf Minderung,[5]) nach seiner Wahl aber auch ein einfaches Rücktrittsrecht[6]) gewährt; die Nebenfolgen dieses Rücktrittsrechts hinsichtlich der Haftung des Unternehmers können im übrigen freilich wieder auseinandergehen, je nachdem der Unternehmer die Unpünktlichkeit zu verantworten hat[7]) oder nicht.[8]) — Sofern der Vertrag den Charakter eines Fixgeschäftes hat, bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts (§ 361, oben S. 370 f.).

Wegen der Verjährung dieser Ansprüche des Bestellers (§ 638 f.) gilt im wesentlichen das Gleiche wie beim Kaufvertrage (oben

[1]) Die Unanwendbarkeit des § 468 (oben S. 407) bedarf nicht der Erklärung.

[2]) Vgl. ALR. I, 5 §§ 318, 320; I, 11 §§ 947, 951.

[3]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haiblen S. 705.

[4]) § 636 I Satz 1 und § 634 I (Satz 1 und 2) und II.

[5]) § 636 I Satz 1 und § 634 I Satz 3 und III.

[6]) § 636 I Satz 1 und § 327 (oben S. 360) und dazu §§ 346—356 (oben S. 367 ff.). Vgl. auch ALR. I, 11 § 938.

[7]) Dann sind nach § 636 I Satz 2 die §§ 286 und 326 (oben S. 344 und 360) anzuwenden. Die Beweislast trifft (in der Richtung der Pünktlichkeit) den Unternehmer (§ 636 II).

[8]) Dann sind nach § 636 I Satz 1 und § 327 Satz 2 nur §§ 812 ff. anzuwenden.

Digitized by Google

S. 409 f.); nur beginnt die Verjährung mit Abnahme des Werkes (bezw. mit Vollendung des Werkes, wo — wie z. B. bei Einübung von Polterabendaufführungen — von eigentlicher Abnahme nicht die Rede sein kann, § 646); ferner ist bei Bauwerken eine bedeutend längere[1]) (fünfjährige) Verjährungsfrist eingeführt worden,[2]) und endlich stellt § 639 II einen besonderen Grund für Hemmung der Verjährung auf, bis der auf Beseitigung des Mangels gerichtete Versuch erledigt ist.[3])

Die Vergütung[4]) und die Ausfolgung des Werkes[5]) müssen nach der allgemeinen Regel des § 320 (oben S. 355) Zug um Zug erfolgen.[6]) Ein adäquater Teil der vereinbarten Vergütung kann — unter Abrechnung etwaiger Ersparnisse des Unternehmers und seines anderweitigen Verdienstes,[7]) § 642 II — auch dann vom Unternehmer beansprucht werden (§ 642 I), wenn der Besteller mit derjenigen Handlung in Verzug gerät, welche er seinerseits zur Herstellung des Werkes beizutragen hat (z. B. mit Lieferung der polizeilich genehmigten Baupläne).[8]) Betreffs dieser Pflicht ist dem Unternehmer durch die Befugnis zur Setzung einer angemessenen Präklusivfrist (§ 643) ein Hilfsmittel geboten worden.[9]) Ist der Besteller jedoch zur Vornahme jener Handlung durch einen seine Person betreffenden Zufall verhindert worden (objektive Unmöglichkeit), so greifen die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts (oben S. 335 ff.) Platz; denn das BGB. gibt hier keine Sondernorm. Umgekehrt beziehen sich die Sondervorschriften des BGB. über die

---

[1]) Schon das römische Recht kannte wegen öffentlicher Bauten eine längere Frist. Vgl. Mot. II S. 488.

[2]) Vgl. dazu § 645 und Mot. II S. 487 und (mit anderer Frist sowie mit Unterscheidung von technischen und Materialsfehlern) ALR. I, 11 §§ 968 f.

[3]) Kommissionsprot. nach Haiblen S. 708. 709.

[4]) Ueber sie vgl. zu §§ 631 I und 632 oben S. 455, zu § 641 I Satz 2 und II oben S. 456.

[5]) Wegen § 646 f. oben im Texte.

[6]) Vgl. Mot. II S. 492.

[7]) Zu dieser Vorschrift vgl. über einen allgemeineren Grundsatz oben S. 68 Anm. 2.

[8]) Vgl. meinen oben S. 89 Anm. 7 erwähnten Aufsatz S. 126 Anm. 98.

[9]) Diese Bestimmung fehlte im I. Entwurfe. Greift sie Platz, so kann der Unternehmer zufolge § 645 I Satz 2 gemäß § 645 I Satz 1 Vergütung der bisherigen Arbeitsleistung und Ersatz der weiteren Auslagen verlangen.

Digitized by Google

Gefahrtragung der Hauptsache nach auf den Fall zufälliger Ereignisse.

Geht nämlich das Werk vor[1]) seiner Abnahme[2]) durch Zufall[3]) unter, so trifft (§ 644) diese Gefahr den Unternehmer,[4]) es sei denn, daß es sich um Annahmeverzug des Bestellers[5]) handelt (§ 644 I Satz 2) oder daß (§ 644 II) das fertige Werk auf Wunsch des Bestellers an einen vom Erfüllungsorte verschiedenen Ort versendet wurde[6]) oder endlich, daß (§ 644 I Satz 3) der Untergang oder die Verschlechterung den vom Besteller gelieferten Stoff betrifft. In diesem Falle und bei kausaler Herbeiführung durch die näheren Ausführungsanweisungen des Bestellers, sowie bei erfolglosem Ablauf der in § 643 genannten Frist hat (§ 645 I) der Untergang, die Verschlechterung oder die Unausführbarkeit des Werkes für den Unternehmer keineswegs den Verlust des Anspruchs auf einen adäquaten Teil der Vergütung[7]) zur Folge.

Das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers an den bei Herstellung oder zum Zwecke einer Ausbesserung in seinen Besitz gelangten beweglichen Sachen des Bestellers (§ 647) entspricht dem Pfandrecht des Verpächters am Inventar des Pächters (§ 585, oben S. 440); die Sicherungshypothek[8]) des Bauunternehmers und der Bauhandwerker (§ 648) kennen wir bereits (oben S. 81/82).

Während es im bisherigen gemeinen und preußischen Recht bestritten war,[9]) ob der Besteller des Werkes ein freies, jederzeit

[1]) Bei Untergang des Werkes nach der Uebernahme trifft die Gefahr des Zufalls den Besteller (vgl. § 320 oben S. 355), die Verantwortlichkeit für einen Mangel den Unternehmer, da er gemäß §§ 633 ff. (oben S. 456 f.) haftet. Mot. II S. 500.

[2]) Zu § 646 vgl. oben S. 458.

[3]) Vgl. Oertmann, der Zufall beim Werkvertrage (in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24, Wien 1897, S. 67 ff.).

[4]) Ebenso ALR. I, 11 § 960, code civil art. 1790. Sehr kontrovers im gemeinen Recht; vgl. Mot, II S. 497.

[5]) Daß § 644 I Satz 1 an sich aus § 300 folgt und nur vorsichtshalber aufgenommen worden ist, wurde schon oben S. 88 Anm. 1 bemerkt.

[6]) Vgl. § 447 und oben S. 401.

[7]) Bei Verschulden des Bestellers vgl. § 645 II.

[8]) Sie war in der I. Lesung noch nicht vorgesehen. Der Antrag, diese Hypothek auch den Lieferanten von Baumaterial u. s. w. zu bewilligen, wurde jedoch in der Kommission abgelehnt. Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 719/720 und Meisner S. 197 f.

[9]) Vgl. Mot. II S. 502.

Digitized by Google

auszuübendes Rücktrittsrecht besitze, wird ihm dies durch das BGB. (§ 649)[1]) bewilligt, natürlich unter der Verpflichtung zur Entschädigung des Unternehmers. Besonderer Rechtfertigung der Kündigung bedarf es also für den Besteller nicht; nur wenn er die Kündigung auf eine voraussichtliche wesentliche Überschreitung des Kostenanschlages[2]) stützen kann, der ohne eine Gewährleistung des Unternehmers für die Richtigkeit dieses Anschlages dem Vertrage zu Grunde gelegt wurde (§ 650 I),[3]) sinkt der prinzipielle Anspruch des Unternehmers auf die Vergütung selber zu einem Anspruche auf ein der bisherigen Arbeitsleistung und den Auslagen entsprechendes Honorar herab (§ 645).

Der Tod einer der Parteien[4]) übt auf die Verpflichtung der Gegenpartei nur dann einen Einfluß aus, wenn der Vertrag für den Verstorbenen höchstpersönlich gedacht war und nunmehr Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 323, oben S. 357 f.) vorliegt.[5])

Achter Titel. § 114. Der Maklervertrag.

Nur gering an Zahl sind die Vorschriften des Tit. VIII (§§ 652—656) über den Maklervertrag, d. h. (§ 652 I) über denjenigen Vertrag, welcher auf Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines anderen Vertrages oder auf Vermittelung dieses anderen Vertrages gerichtet ist. — Der Grund für diese knappe Behandlung des Maklervertrages ist einmal der, daß das HGB.,[6]) welchem er zumeist angehören wird,[7]) ziemlich eingehende Normen bietet, und zweitens der, daß das BGB. angesichts der thatsächlichen Verschiedenheit der Einzelfälle sich über die — im bisherigen Recht

---

[1]) Ebenso Sächs. BGB. § 1252, code civil art. 1794.

[2]) Der Unternehmer muß (bei Schadensersatzpflicht, § 276) dem Besteller davon unverzüglich Anzeige machen (§ 650 II).

[3]) Hierzu vgl. Sächs. BGB. § 1253.

[4]) Vgl. Mot. II S. 504 f.

[5]) Ueber die Einwirkung des Konkurses (vgl. ALR. I, 11 §§ 975 ff.) schweigt das Gesetzbuch, weil diese Frage ins Konkursrecht gehöre. Vgl. Konkurs-Ordnung §§ 15, 21 (Reichstagsvorl. Nr. 16 § 21 a), 35 und Mot. II S. 506

[6]) HGB. Art. 66—84 (wegen der amtlich bestellten Handelsmäkler) und neue Fassung §§ 93—104 (wegen der Privat-Handelsmäkler).

[7]) Vgl. HGB. neue Fassung § 1 Nr. 7.

Digitized by Google

sehr bestrittene[1]) — Frage nach der Rechtsnatur des Mäklervertrages und die damit zusammenhängenden Folgen nicht äußern wollte. — Das Gesetzbuch gibt nur über den Mäklerlohn einige Bestimmungen, und zwar außer einer gesetzlichen Aushilfsvorschrift in § 653, die derjenigen wegen des Dienst- und Werkvertrages entspricht,[2]) zunächst in § 652[3]) die Bestimmung, daß der Lohn nur zu zahlen ist, wenn der Vertrag wirklich auf Grund des Nachweises oder der Vermittelung des Mäklers zu stande kommt. Auch eine dem Auftraggeber zur Last fallende willkürliche Verweigerung oder eine sonstige Hintertreibung des wirklichen Vertragsschlusses, sowie arglistige Umgehung des Mäklers würde daher den Auftraggeber nicht hindern, die Lohnzahlung zu verweigern („Mäklers Müh' ist oft umsonst"), und es käme höchstens seine Verantwortlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen[4]) in Frage. Wird dagegen der vom Mäkler vorbereitete und von dem Auftraggeber mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag später wieder aufgehoben oder infolge einer Resolutivbedingung hinfällig, so beeinträchtigt dies den Lohnanspruch des Mäklers keineswegs; wohl aber wird, wenn dieser Vertrag suspensiv geschlossen wird, der Lohnanspruch erst mit Eintritt der Bedingung fällig (§ 652 I Satz 2). — Ganz in Fortfall kommt der Lohnanspruch, wenn eine — prinzipiell keineswegs verbotene — Thätigkeit des Mäklers im Interesse beider Parteien sich als dem Inhalte des konkreten Vertrages widersprechend darstellt und zu Interessenkollisionen[5]) führt (§ 654). Wie diese Bestimmung erst durch die Reichstagskommission[6]) eingefügt worden ist, so auch die weitere in § 655[6]) enthaltene und namentlich gegen Gesinde- und Theateragenten gerichtete Bestimmung über die urteils-

[1]) Man kann zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag, Mandat oder Innominatkontrakt schwanken. Vgl. Mot. II S. 509 f.

[2]) Vgl. oben S. 450 und S. 455.

[3]) Vgl. dazu BGB. Art. 82, während diese Frage in Zukunft auch für Handelsmäkler durch BGB. § 652 entschieden wird.

[4]) §§ 157, 242; vgl. Mot. II 512 f.

[5]) Vgl. ALR. I, 13 § 22.

[6]) Vgl. zu §§ 654 und 655 Reichstagskommissionsber. S. 1980; zu § 655 auch Sitzungsprot. S. 2785 f.; zu § 654 auch Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte (Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1897) S. 428 Anm. 46.

Digitized by Google

mäßige Herabsetzung unverhältnismäßig hohen Lohnes, welcher für Abschluß oder Vermittelung eines Dienstvertrages im besondern bedungen (und nicht etwa schon gezahlt) worden ist. — Seine Aufwendungen kann hier wie überall (abgesehen von dem Falle des § 654) der Mäkler auch unabhängig von wirklichem Zustandekommen des Vertrages unter der Voraussetzung liquidieren, daß dieser Ersatz vereinbart worden war (§ 652 II). — Dagegen wird der Mäkler nicht einmal die Aufwendungen liquidieren dürfen in dem gleichfalls von der Reichstagskommission[1]) eingeführten Falle des § 656, da hier ein nach jeder Hinsicht nichtiger Vertrag vorliegen wird.[2]) Dieser § 656 betrifft den Lohn für Heiratsvermittelung[3]) (Ehemäklerlohn), erklärt ihn für unklagbar — desgleichen aber auch seine Rückforderung für ausgeschlossen — und ordnet das Gleiche auch für die auf ihm aufgebauten sonstigen Verbindlichkeiten, insbesondere ein Schuldanerkenntnis an. Mit dieser ans Sächsische Recht[4]) anknüpfenden Bestimmung wollte sich der Gesetzgeber der vorherrschenden Auffassung der Bevölkerung anschließen bezw. einer widersprechenden Auffassung erzieherisch gegenübertreten und zugleich unerquickliche Prozesse verhindern.

Neunter Titel. § 115. Die Auslobung.

Die Auslobung, d. h. die öffentliche Aussetzung einer Prämie für denjenigen, welcher eine bestimmte Leistung vollbringt, ist in Titel IX §§ 657—661 geregelt worden. Theoretisch[5]) ist es bestritten, ob die Auslobung ein Vertrag sei, der nur darin seine Eigentümlichkeit hat, daß die Vornahme der Handlung zugleich die Annahme der an eine persona incerta ergangenen Offerte einschließt (Vertrags- und Offertentheorie) oder ob sie sich als ein ein-

---

[1]) Vgl. Reichstagskommissionsber. S. 1981.

[2]) Vgl. Meisner S. 203/204 gegen Ebert bei Fischer-Henle S. 262 Anm. 1 und auch Kohler a. a. O. S. 333 ff.

[3]) Vgl. hierzu Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 (Berlin 1897) S. 317 ff. und auch Endemann S. 418/419.

[4]) Sächs. BGB. § 1259.

[5]) Von Gesetzen äußern sich über die Auslobung ALR. I, 11 §§ 988 ff. und Sächs. BGB. § 771, nicht aber code civil.

Digitized by Google

seitiges, aber entgegen der Grundregel (§ 305, oben S. 349) auch ohne Annahme bindendes Versprechen darstelle (Pollicitationstheorie). Das BGB. ist der letzteren Ansicht gefolgt;[1]) dementsprechend erheischt es aber auch „Publizität"[2]) des Versprechens (d. h. seine öffentliche Bekanntmachung, vgl. oben S. 242) und gibt dem Bewerber den Anspruch auf die Prämie auch dann, wenn dieser die Handlung ohne jede Kenntnis von der Auslobung vornahm (§ 657).

Welcher Art der herbeizuführende Erfolg sei (ob z. B. künstlerischer, wissenschaftlicher, industrieller Natur), ist[3]) ebenso gleichgültig wie das Motiv des Auslobenden (Egoismus, Kunstenthusiasmus, Patriotismus).[4]) Selbstverständlich muß aber die Auslobung ernstlich gemeint sein. Darum wird es der Richter, wie nach der bisherigen Doktrin, nicht als Auslobung betrachten, wenn bei reklamehafter Anpreisung einer Ware[5]) demjenigen eine Belohnung verheißen wird, welcher nachweist, daß der Haarbalsam oder das Mundwasser nicht genützt habe.

Die im geltenden Recht[6]) bestrittene Frage, ob die Auslobung widerruflich sei, bejaht das BGB. (§ 658 I) unter der Voraussetzung, daß der Widerruf vor Ausführung der Handlung und entweder in derselben Form wie die Auslobung selber (öffentlich) oder durch eine besondere Mitteilung an den Bewerber erfolgt. Alsdann hat der Bewerber nicht einmal einen Anspruch auf Ersatz für seine Aufwendungen an Zeit, Geld und Arbeit.[7]) War jedoch der Auslobung eine Frist für Vornahme der Handlung beigefügt, so ist darin eine Präsumtion für einen Verzicht auf das Widerrufsrecht zu erblicken (§ 658 II).

[1]) Vgl. Mot. II S. 519 und auch Endemann S. 797 Anm. 8.

[2]) Mot. II S. 519 und 522.

[3]) Abgesehen von der in § 661 erfolgenden Nuancierung der Auslobung auf Preisausschreiben und abgesehen von der auch hier zu berücksichtigenden Nichtigkeit der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte (§§ 134, 138). Inkonsequenterweise citieren die Mot. II S. 520 hier die vom Standpunkte der Pollicitationstheorie nicht in Betracht kommenden §§ 206 und 344 der I. Lesung (= 241, 306 des BGB.).

[4]) Vgl. auch Mot. II S. 519.

[5]) Ebenda S. 520.

[6]) Ebenda S. 521.

[7]) Ebenda S. 522.

Digitized by Google

Zweckmäßige Einzelbestimmungen bieten §§ 659 und 660 für den Fall, daß mehrere Bewerber auftreten, welche zusammen bei der Handlung oder zu dem Erfolge mitgewirkt haben.[1])

Das Preisausschreiben im besondern (§ 661) erheischt als essentiale negotii eine Fristsetzung (vgl. oben S. 289).[2]) Die Entscheidung,[3]) welche die vom Auslobenden bezeichnete Person (bezw. vielleicht Kommission), eventuell er selber zu treffen hat, ist unanfechtbar. Das Werk selbst bleibt mangels gegenteiliger Bestimmung in der Auslobung dem preisgekrönten Bewerber zu Eigentum.[4])

Zehnter Titel. § 116. Der Auftrag.

Den Auftrag (Titel X §§ 662—676) trennt das BGB., wie wir bereits wissen (oben S. 276), im Gegensatze zu den bisherigen Kodifikationen[5]) aufs schärfste von der Vollmacht, die mit ihm allerdings sehr oft verbunden sein wird. Auch daß er sich von dem Dienstvertrage (und eventuell Werkvertrage) scharf unterscheidet, und zwar insbesondere auch durch das (dem römischen Rechte entnommene)[6]) Requisit der Unentgeltlichkeit (§ 662), ist uns schon bekannt (oben S. 450). Den Einzelfall richtig zu rubrizieren, wird, insbesondere angesichts der Verkehrsanschauung und des herrschenden Sprachgebrauchs, welcher die Entgeltlichkeit und den Auftrag durchaus für vereinbar erachten,[7]) sowie angesichts der Möglichkeit von Mischbildungen, hier oft ebenso schwer sein, wie (oben S. 454) die Schlichtung eines Zweifels zwischen Dienst-

[1]) § 660 behandelt den Auslobenden nicht als Schuldner, sondern als Preisrichter nach Analogie des Dritten in §§ 317 ff. (oben S. 353 f.). Darüber und über das der Hinterlegungspflicht des § 660 II entsprechende Hinterlegungsrecht des Auslobenden (§§ 372, 378, oben S. 375 ff.) vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 737 f.

[2]) Der legislatorische Grundgedanke ist dabei (Mot. II S. 523), daß der Auslobende nicht stets noch auf ein besseres Werk warten und die Vornahme der Wahl unter den Bewerbern verweigern darf.

[3]) Vgl. ebenso ALR. I, 11 § 994.

[4]) Vgl. auch ALR. I, 11 § 995.

[5]) ALR. I, 13 §§ 5 ff., 85 ff., Sächs. BGB. §§ 1295 ff., code civil art. 1984.

[6]) Vgl. l. 1 § 4 Dig. mandati vel contra 17, 1; vgl. ebenso Sächs. BGB. § 1295 (aber andererseits § 1299) und entgegengesetzt ALR. I, 13 § 95, 74 ff., code civil art. 1986.

[7]) Vgl. hierzu insbesondere Meisner S. 213 Anm. 2.

Digitized by Google

und Werkvertrag. Unter die beiden eben erwähnten Rechtsinstitute wird der entgeltliche Auftrag — beispielsweise auch das einem Anwalte erteilte „Mandat" zur Prozeßführung — zumeist gestellt werden können; darum bedurfte es, um einige Fundamentalsätze aus der Lehre vom Auftrage auch auf diese Verhältnisse anwendbar zu machen, der ausdrücklichen Bestimmung des § 675.[1]) Als Dienst- und Werkvertrag wird sich auch oft der entgeltliche Verwaltungsvertrag[2]) darstellen, welcher vom BGB. nicht besonders erörtert wird, wie es auch den Unterschied zwischen Spezial- und Generalauftrag, den Umfang des Auftrages überhaupt, die vermuteten Aufträge, die Möglichkeit stillschweigender Auftragserteilung und die Rechtsverhältnisse mehrerer Beauftragter unerörtert läßt.[3])

Von einer bestimmten Form ist der Auftrag unabhängig; eine nachträgliche Vergütung steht mit ihm nicht in Widerspruch und würde sich zumeist als remuneratorische Schenkung charakterisieren.[4])

Begriffliches Erfordernis ist, daß der Beauftragte ein fremdes Geschäft (das des Auftraggebers) zu besorgen übernimmt; handelt es sich um eine eigene Angelegenheit des Geschäftsführers, so kann ein Rat oder eine Empfehlung vorliegen,[5]) die (nach § 676) keine Schadensersatzpflicht erzeugen, sofern nicht eine unerlaubte Handlung (z. B. eine arglistige[6]) Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines Dritten) oder ein besonderes Kontraktsverhältnis (z. B. mit dem Rechtsanwalte oder dem Hausarzt)[7]) eine solche Schadensersatzpflicht rechtfertigen.[8])

---

[1]) Unanwendbar auf solche Fälle bleiben auch § 676 und § 664 (höchstpersönliche Natur des Verhältnisses) und eventuell § 671 (sofortiger Widerruf).

[2]) Vgl. ALR. I, 14 §§ 109 ff.

[3]) Vgl. dazu Mot. II S. 528 ff. und S. 536 und beispielsweise ALR. I, 13 §§ 119 ff., 201 ff.

[4]) Vgl. Mot. II S. 528.

[5]) Vgl. ferner § 778.

[6]) An diese Voraussetzung wollte die I. Lesung (§ 604) die Haftung knüpfen. Vgl. dazu die Mot. II S. 554 f. (welche bei Haidlen S. 757 ohne Hinweis auf die veränderte Sachlage abgedruckt sind).

[7]) Für Beamte als Auskunftspersonen vgl. § 839.

[8]) Das BGB. unterscheidet also, an dieser Stelle wenigstens, nicht (wie ALR. I, 13 §§ 217 ff.) zwischen Sachverständigen und andern Personen und nach dem Grade des Verschuldens.

Digitized by Google

Als Vertragsverhältnis bedarf auch der Auftrag der Willensübereinstimmung beider Kontrahenten und darum einer Annahmeerklärung seitens des Empfängers des Auftrages (vgl. oben S. 262 ff.). Eine stillschweigende Annahmeerklärung kann nach der Sachlage, aber muß nicht unbedingt in dem Stillschweigen des Adressaten gefunden werden; und selbst wenn dieser zu Geschäften der in Rede stehenden Art öffentlich bestellt ist oder sich zu solchen Geschäften öffentlich oder gegenüber dem jetzigen Auftraggeber erboten hat (§ 663), fingiert das Gesetz nicht etwa, wie ältere Kodifikationen,[1]) bei Stillschweigen des Adressaten das Zustandekommen des Auftragverhältnisses, sondern es verpflichtet den Adressaten nur bei Haftung für Schadensersatz[2]) zu unverzüglicher Ablehnungserklärung. Für den eigentlichen — wie gesagt, unentgeltlichen — Auftrag wird diese Vorschrift selten praktisch werden;[3]) indem aber der bereits erwähnte § 675, welcher überhaupt den Unterschied zwischen unentgeltlichem und entgeltlichem Auftrage sehr verwischt, auch den § 663 auf solche entgeltliche Dienst- oder Werkverträge ausdehnt, welche eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, eröffnet sich für § 663 ein weites Feld der Anwendbarkeit.

Das reine, unentgeltliche Mandat[4]) ist im Zweifel für beide Teile höchstpersönlich (§ 664 I Satz 1 und II); dieser Grundsatz schließt für den Beauftragten nicht die Zuziehung eines bloßen Gehilfen aus (für dessen Verschulden er, wie für sein eigenes, haftet; § 664 I Satz 3 und § 278, oben S. 342). Sofern die Substitutionsbefugnis[5]) gegeben ist,[6]) haftet der Beauftragte nur für culpa in

[1]) Vgl. ALR. I, 13 §§ 13 ff., HGB. Art. 323, Sächs. BGB. § 1298.

[2]) Diese folgt aus den allgemeinen Grundsätzen des BGB. § 276 I Satz 1 (oben S. 340). Vgl. dazu Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 § 30.

[3]) Ein Beispiel konstruiert Meisner S. 209 Anm. 2 dahin, daß ein Bankier mit Rücksicht auf ein zwischen ihm und einem Finanzinstitute getroffenes Abkommen sich dritten Beteiligten gegenüber erbietet, den Umtausch gewisser Wertpapiere, bezw. die Einlösung gewisser Zinsscheine unentgeltlich zu besorgen.

[4]) Wegen entgeltlicher Verträge vgl., da § 675 den § 664 nicht citiert, betreffs des Dienstvertrages § 613 und oben S. 451, sowie betreffs eines Werkvertrages oben S. 454.

[5]) Eine Substitutionspflicht kann sich aus der Sachlage des Einzelfalls ergeben (Mot. II S. 532).

[6]) Auch nach ALR. I, 13 § 37,

Digitized by Google

eligendo (§ 664 I Satz 2);[1]) die Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten[2]) und auch die Folgen unerlaubter Substitution für den Substituenten,[3]) richten sich, weil sie das BGB. unerörtert läßt, ebenso nach den allgemeinen Grundsätzen, wie die Haftung des Beauftragten selber für pflichtgemäße Ausführung des Auftrages.[4])

Auch wenn die Substitution an sich unstatthaft ist, kann sie sich für den Einzelfall im Laufe der Ereignisse als empfehlenswert, ja sogar als Pflicht des Beauftragten darstellen. Dann ist aber[5]) hier wie bei andern Abweichungen von den Weisungen des Auftraggebers[6]) diesem seitens des Beauftragten gemäß § 665 Anzeige zu erstatten. Ob solche Abweichungen statthaft sind, müssen die Umstände ergeben (§ 665 Satz 2), und diese werden also insbesondere darüber entscheiden,[7]) ob der Beauftragte das für den Einkauf oder den Verkauf gesetzte Preislimito überschreiten darf.[8])

Zu den Pflichten des Beauftragten[9]) gehört namentlich auch[10]) die, dem Auftraggeber in bedenklicheren Fällen sogar unaufgefordert Nachricht zu geben und, wenn er dazu aufgefordert wird, ihm jederzeit Auskunft und Rechenschaft[11]) zu erteilen (§ 666); ferner die Pflicht (§ 667), dem Auftraggeber alles herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt (z. B. Zubehör, Zuwachs, Forderungen, aber auch Geschenke und Extraprovisionen),[12]) sowie die Pflicht zur Verzinsung der in eigenem Nutzen verwendeten Gelder

Sächs. BGB. § 1307 und code civil art. 1994 bildet sie die Ausnahme; im gemeinen Recht ist die Frage bestritten (vgl. Mot. II S. 531).

[1]) Vgl. ALR. I, 13 § 46.

[2]) Vgl. ALR. I, 13 § 40, Sächs. BGB. §§ 1308 f.

[3]) Vgl. Sächs. BGB. § 1308.

[4]) BGB. § 276 I (oben S. 340).

[5]) Vgl. Mot. II S. 531/532.

[6]) Vgl. ALR. I, 13 §§ 49, 53, Sächs. BGB. § 1304.

[7]) Vgl. Mot. II S. 535/536.

[8]) Vgl. zu dieser Frage l. 3 § 2, l. 4, l. 5 Dig. mandati vel contra 17, 1 und § 8 J. de mandato 3, 26, Sächs. BGB § 1305, ALR. I, 13 § 51, HGB. Art. 363 f., 369.

[9]) Der Auftraggeber kann die actio mandati directa erheben.

[10]) Vgl. auch ALR. I, 13 §§ 60 f., 164, Sächs. BGB. § 1312, code civil art. 1993.

[11]) Hierzu vgl. über § 259 oben S. 329.

[12]) Vgl. Mot. II S. 538 f., Kommissionsprotok. nach Haiblen S. 748, sowie ALR. I, 13 §§ 62 ff., Sächs. BGB. § 1310, HGB. Art. 361.

Digitized by Google

(§ 668)[1]) und nach den allgemeinen Regeln zum Ersatze etwaigen weiteren Schadens.[2])

Der Auftraggeber — welcher übrigens dritten Personen gegenüber für die Thätigkeit des Beauftragten verantwortlich werden kann[3]) — ist seinerseits dem Beauftragten zum Ersatze der Aufwendungen verpflichtet, welche dieser nach seinem subjektiven[4]) Ermessen den Umständen gemäß für erforderlich hielt, sowie auf Erfordern zu Vorschußleistung[5]) wegen notwendiger Auslagen (§§ 669 f.).[6]) Die Verzinsungspflicht und ebenso die Pflicht des Auftraggebers, den Beauftragten von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, folgt aus allgemeinen Grundsätzen,[7]) und diese entscheiden auch[8]) über die etwaige Pflicht des Auftraggebers, dem Beauftragten einen bei Ausführung des Auftrages entstandenen zufälligen Schaden zu ersetzen, sowie über das beiden Parteien wegen ihrer Ansprüche zustehende Zurückbehaltungsrecht.[9])

Das Auftragverhältnis[10]) erlischt durch Erfüllung des Auftrages (Erledigung des Geschäftes) und[11]) gegebenenfalls auch durch Parteiabrede, Zeitablauf und Eintritt der Resolutivbedingung, vor allem aber durch Widerruf bezw. Kündigung und im Zweifel auch (§ 673 Satz 1) durch Tod des Beauftragten[12]) (nicht auch, im Zweifel wenigstens, durch Tod des Auftraggebers; vgl. § 672 Satz 1).

Der Widerruf[13]) seitens des Auftraggebers und die Kündigung[13]) seitens des Beauftragten (§ 671) sind, sofern nicht das

[1]) Vgl. Sächs. BGB. § 1311, code civil art. 1996.

[2]) Vgl. Mot. II S. 540.

[3]) Vgl. BGB. §§ 831 I, 840 f.

[4]) Dagegen lassen die bestehenden Kodifikationen den objektiven Maßstab der Nützlichkeit und Notwendigkeit entscheiden. Vgl. ALR. I, 13 §§ 65 ff., Sächs. BGB. § 1314, code civil art. 1999, HGB. Art. 371, 381, 290.

[5]) Vgl. ALR. I, 13 § 70, Sächs. BGB. § 1314, code civil art. 2001.

[6]) Es würde die actio mandati contraria erhoben werden können.

[7]) BGB. §§ 256, 257 (oben S. 324, 328).

[8]) Mot. II S. 541.

[9]) § 273 (oben S. 334 f.) und Mot. II S. 543.

[10]) Ob das Substitutionsverhältnis gleichzeitig erlischt, ist quaestio facti. Vgl. Mot. II S. 552 f. — Wegen Erlöschens des Auftrages vgl. auch § 1911 I Satz 2.

[11]) Vgl. Mot. II S. 543.

[12]) Ebenso ALR. I, 13 §§ 186 ff., Sächs. BGB. § 1325, code civil art. 2003, 2010.

[13]) Sie gehören beide unter die einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärungen; vgl. oben S. 223.

Digitized by Google

Gegenteil verabredet war,[1]) wie im geltenden Recht[2]) jederzeit statthaft. Der Widerruf darf auch ohne jeden Grund erfolgen; für die Kündigung dagegen ist das Vorhandensein eines „wichtigen Grundes" insofern von Bedeutung, als sie dann auch trotz eines Verzichtes statthaft ist (§ 671 III) und, selbst wenn sie intempestive erfolgte, keine Schadensersatzpflicht nach sich zieht und nicht — wie der Regel nach — in der Art erfolgen muß, daß der Auftraggeber anderweit Fürsorge für die Besorgung des Geschäftes treffen kann.

Eine ähnliche Rücksichtnahme, wie die soeben angedeutete, hat der Beauftragte zu üben (§ 672), wenn der Auftrag ausnahmsweise — und gegen die den modernen Verhältnissen[3]) entsprechende Regel — etwa auf Grund der Parteiabrede oder der besonderen Sachlage infolge Todes oder eingetretener Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers erlischt; wenn dann nämlich mit Aufschub des Geschäftes Gefahr verbunden wäre, muß der Beauftragte die Geschäftsbesorgung solange fortsetzen, und das Vertragsverhältnis gilt alsdann noch solange als fortbestehend, bis die Erben des Verstorbenen bezw. der gesetzliche Vertreter des Geschäftsunfähigen andere Fürsorgemaßregeln treffen können. — Die gleiche Pflicht zur Weiterführung des Geschäftes und daneben eine Pflicht zu unverzüglicher Anzeige trifft (§ 673) den Erben des Beauftragten für den Fall, daß der Auftrag durch den Tod des Beauftragten erlischt, was, wie wir (S. 468) sahen, im Zweifel der Fall ist.[4])

Erlischt der Auftrag durch Widerruf, so erfährt der Beauftragte davon ja unbedingt (da der Widerruf empfangsbedürftige Willenserklärung ist).[5]) Im Falle anderer Erlöschungsgründe dagegen

---

[1]) Vgl. § 671 III und Mot. II S. 545.

[2]) ALR. I, 13 §§ 159 ff., 172 ff., 214, Sächs. BGB. §§ 1319, 1322, code civil art. 2003, 2004, 2007.

[3]) Aber nicht den meisten Rechtssystemen; vgl. ALR. I, 13 §§ 186, 190, 192 ff., Sächs. BGB. § 1324, code civil art. 2003; ebenso das gemeine Recht (vgl. Mot. II S. 547 f.). Anders HGB. Art. 54 II (neue Fassung § 52 III) und CPO. §§ 50, 82, 223 (hierzu Reichstagsvorlage Nr. 61).

[4]) Wegen des Konkurses vgl. die Novelle zur Konkurs-Ordnung §§ 19a und 21a (Reichstagsvorlage Nr. 14 und 15).

[5]) Vgl. oben S. 468 Anm. 13.

Digitized by Google

muß der Vertrag als fortbestehend gelten d. h. der Beauftragte muß zur Weiterführung des Geschäftes und zur Geltendmachung seiner daraus entstehenden Ansprüche befugt (nicht verpflichtet) sein, bis er vom Erlöschen Kenntnis nimmt oder nehmen mußte (§ 674); dies gilt aber nur unter den Parteien, nicht dagegen, sofern mit dem Auftrage eine Vollmacht verbunden war, zu Gunsten eines Dritten, welcher das Erlöschen der Vollmacht kennt oder kennen muß (§ 169, oben S. 281).

Titel X ist nicht blos um seiner selbst willen von Wichtigkeit, sondern auch deshalb, weil auf einen großen Teil seiner Bestimmungen auch sonst mehrfach verwiesen wird. So für das Rechtsverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker (§ 2218 I), für die Geschäftsführung des Vereinsvorstandes (§ 27 III), für die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters (§ 713).[1])

Elfter Titel. § 117. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Derartige Verweisungen sind aber noch zahlreicher betreffs des Titels XI (§§ 677—687), der die Geschäftsführung ohne Auftrag[2]) behandelt. Diese Vorschriften sollen entsprechende Anwendung finden namentlich[3]) auf die Ersatzansprüche wegen gewisser Verwendungen des Mieters und Pächters (§ 547 II Satz 1, § 581 II), des Verleihers (§ 601 II Satz 1),[4]) des Besitzers (§ 994 II), des Nießbrauchers (§ 1049 I), des Pfandgläubigers (§ 1216 Satz 1) und des die Erbschaft ausschlagenden Erben (§ 1959 I).[4])

Die Geschäftsführung ohne Auftrag kann aber auch leicht praktisch werden, wenn man es aus Gefälligkeit und Freundschaft oder vielleicht auch mit egoistischen Hintergedanken unternimmt, ein Geschäft für einen andern (§ 677) zu besorgen: so, wenn die Zimmerwirtin das von ihrem Mieter bestellte Kleidungsstück dem

[1]) Vgl. auch §§ 450 I, 1835 I und 1978 I Satz 1 und III, sowie § 681 Satz 2.

[2]) Sturm, Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB. (Berlin 1897), insbes. S. 20—37.

[3]) Vgl. auch § 450 II, 1978 I Satz 2 und III, § 2125 I sowie § 775 I.

[4]) Den Fall des § 1959 I hat Sturm S. 37 a. E. übersehen, den des § 601 bezeichnet er irrtümlich als § 1601 und als von einer Ersatzpflicht des Verkäufers handelnd.

Digitized by Google

Boten abnimmt und den quittierten Betrag verauslagt oder wenn jemand im Interesse eines Sammlers einen billigen Gelegenheitskauf vornimmt. Jedesfalls muß aber ein fremdes Geschäft und zugleich der Wille und das Bewußtsein vorliegen, dies Geschäft als fremdes zu besorgen.[1]) Darum kommen die Vorschriften über die negotiorum gestio nicht zur Anwendung (§ 687 I), wenn der Geschäftsführer glaubt, sein eigenes Geschäft zu besorgen; alsdann greifen vielmehr höchstens die Grundsätze von der Bereicherung (§ 812 ff.) und eventuell die über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (§§ 823 ff.) Platz.[2]) — Irrtum in der Person des Geschäftsherrn (Zimmermieter A oder B) ist dagegen indifferent (§ 686)[3]) und ebenso[4]) die irrige Annahme, beauftragt worden zu sein. — Ganz anders liegt der Fall (§ 687 II), wenn jemand trotz Kenntnis davon, daß er hierzu nicht berechtigt ist, ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt (wenn z. B. die Zimmervermieterin ein Kleidungsstück des Mieters für sich verkauft). Das ist gar keine Geschäftsführung, sondern eine unerlaubte Handlung; das Gesetzbuch räumt aber dem Geschäftsherrn die Möglichkeit ein, auch die Ansprüche aus der Geschäftsführung (§§ 677 f., 681 f.) geltend zu machen (d. h. also in unserm Falle zu verlangen, daß die Wirtin den, vielleicht auffallend hohen Kaufpreis herausgibt); der böswillige Gegner hat alsdann keine besonderen Ersatzansprüche (aus § 683), sondern nur den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung, welche der Geschäftsherr erlangte (§ 687 II Satz 2, § 684 Satz 1).

Was nun die Folgen der negotiorum gestio betrifft, so stehen die Bestimmungen des Gesetzbuchs (§§ 678—685) wesentlich im Einklang mit den geltenden Rechtssystemen und gipfeln in der actio negotiorum gestorum directa des Geschäftsherrn und in der actio negotiorum gestorum contraria des Geschäftsführers.

[1]) Vgl. Mot. II S. 855 f.
[2]) Mot. II S. 869.
[3]) Vgl. l. 5 § 1 Dig. denegotiis gestis 3, 5; ALR. I, 13 § 261; Sächs. BGB. § 1343, sowie Mot. II S. 856.
[4]) Vgl. Mot. II S. 866. — Ueber Geschäftsführung für eine noch nicht existierende juristische Person vgl. Meisner S. 219 Anm. 2.

Digitized by Google

Der Geschäftsführer haftet wie jeder Schuldner (§ 276 I, oben S. 340) für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Diese Regel erfährt aber zwei Ausnahmen: die eine zu Gunsten, die andere zu Ungunsten des Geschäftsführers. Seine Haftung wird nämlich (§ 680)[1] auf die für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit herabgesetzt, wenn es sich um die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden Gefahr handelt;[2] sie wird auf Verantwortlichkeit für jeden aus der Geschäftsführung[3] entstehenden Schaden[4] ausgedehnt,[5] wenn der Geschäftsführer weiß oder (§ 678) auch nur erkennen muß, daß die Geschäftsführung dem Geschäftsherrn nicht genehm sein dürfte;[6] die ihm obliegende Sorgfalt (§ 276 I Satz 2) erstreckt sich also auf die Prüfung der Frage, ob der Geschäftsherr die Einmischung eines andern wünschen würde oder nicht. Trotz gegenteiligen Willens des Geschäftsherrn darf aber die Einmischung stattfinden, wenn sie (§ 679)[7] zur rechtzeitigen Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht (z. B. Deichpflicht, Brückenreparatur) oder einer gesetzlichen Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn dienlich ist; in derartigen Fällen einer objektiv feststehenden Nützlichkeit der Einmischung und selbst wenn diese Einmischung vom Geschäftsherrn ausdrücklich verboten sein sollte, ist der Geschäftsführer nicht blos gegen die actio directa geschützt, sondern auch zur actio contraria berechtigt.

Der Geschäftsführer, welcher (§ 681 Satz 1) sobald als möglich dem Geschäftsherrn von seiner Einmischung Anzeige zu machen und, wenn möglich, dessen Entschließung abzuwarten hat, wird

---

[1]) Vgl. ALR. I, 13 § 237 und l. 3 § 9 Dig. de negotiis gestis 3, 5.

[2]) Nur geringe Fahrlässigkeit würde z. B. vorliegen, wenn die Zimmervermieterin bei einem Brande, der in dem vermieteten Zimmer entsteht, während der Mieter ausgegangen ist, die Kleider und Betten rettet, nicht dagegen die Bücher und Manuskripte des Mieters, obwohl dieser ihr jüngst von deren hohem Werte gesprochen hatte.

[3]) Und nicht etwa aus einem von ihr unabhängigen Zufalle. Vgl. Mot. II S. 858.

[4]) Ueber die Wiederherstellung des früheren Zustandes vgl. unten S. 473, Anm. 10 auf S. 474.

[5]) Vgl. ALR. I, 13 § 245, code civil art. 1374, Sächs. BGB. §§ 1317, 729.

[6]) Z. B. die Zimmervermieterin gibt dem angeblichen Faktor einer Reparaturwerkstätte das Zweirad des Mieters heraus.

[7]) Vgl. Sächs. BGB. § 1355.

Digitized by Google

(§ 681 Satz 2)[1]) wegen Auskunftserteilung, Rechenschaftslegung, Herausgabe- und Verzinsungspflicht wie ein Beauftragter (§§ 666 bis 668, oben S. 467 f.) behandelt.[2]) — Zur Fortsetzung des einmal begonnenen Geschäftes ist der Geschäftsführer (bezw. sein Erbe) nur indirekt verpflichtet,[3]) indem er für den Schaden haftet, welcher durch plötzlichen Rücktritt entsteht.[4])

In allen Fällen statthafter Einmischung[5]) darf (§ 683) der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen (und Vergütung seiner Dienstleistungen)[6]) genau so beanspruchen wie der Beauftragte (§§ 669 f., oben S. 468); dabei trifft das Gesetzbuch aber nicht, wie das preußische Recht,[7]) subtile Unterscheidungen zwischen den Fällen der Schadensverhütung und der Beförderung des Vorteils; jedoch verlangt es mit dem älteren Recht,[8]) daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht (negotium utiliter gestum). — Die gleichen Ansprüche greifen Platz, wenn der Geschäftsherr die an sich unstatthafte Einmischung genehmigt (§ 684 Satz 2).[9]) Anderenfalls berechtigt die unstatthafte Einmischung den Geschäftsführer nur zu dem Anspruche auf Herausgabe der dem Geschäftsherrn aus dem negotium utiliter gestum erwachsenen Bereicherung bezw. ihres Wertes (§ 684 Satz 1, §§ 812 ff.).[10])

---

[1]) Vgl. ALR. I, 13 § 256, Sächs. BGB. §§ 1348, 1310 ff., 1393, code civil art. 1372, 1993.

[2]) Vorausgesetzt, daß er völlig geschäftsfähig ist. Denn anderenfalls kann er sich durch Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen nicht wirksam verpflichten (vgl. oben S. 214 ff. u. Mot. II S. 860) und haftet daher nur nach den Regeln von den Deliktsobligationen und von den Kondiktionen (§ 682 und dazu l. 3 § 4 Dig. h. t. 3, 5, ALR. I, 13 § 274, Sächs. BGB. § 1349).

[3]) Mot. II S. 859 a. E.

[4]) Dies wird sich aus § 677 folgern lassen; vgl. Mot. II S. 859 oben.

[5]) Es muß entweder der Fall des § 679 vorliegen oder die Einmischung dem Interesse, sowie dem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn entsprechen. Vgl. eingehend Meisner S. 218.

[6]) Vgl. Meisner S. 219 sub 4.

[7]) Vgl. ALR I, 13 §§ 234 ff., 238 ff.

[8]) l. 9 (10) § 1 Dig. h. t. 5, 3. Vgl. auch ALR. I, 13 § 236.

[9]) ALR. I, 13 § 239, Sächs. BGB. § 1340. Auch ein Stillschweigen (Geschehenlassen) kann (aber muß nicht, wie nach ALR. I, 13 § 247) als Genehmigung ausgelegt werden.

[10]) Vgl. im allgemeinen ebenso ALR. I, §§ 231 ff., Sächs. BGB. § 1352. Der Geschäftsherr kann

Digitized by Google

Die Ansprüche des Geschäftsführers (nicht die des Geschäftsherrn) sind jedoch ausgeschlossen (§ 685 I), wenn er die Geschäftsführung übernahm, ohne an einen Ersatz seiner Aufwendungen zu denken. Daß dem Geschäftsführer der animus obligandi oder recipiendi gefehlt habe, muß der beklagte Geschäftsherr beweisen;[1] eine Vermutung ist aber in dieser Hinsicht zur Verhütung gehässiger Prozesse[2] betreffs der gegenseitigen Alimentation von Ascendenten und Descendenten[3] eingeführt worden (§ 685 II).[4]

Zwölfter Titel. § 118. Die Verwahrung.

Titel XII (§§ 688—700) erörtert die Verwahrung (den Verwahrungsvertrag). Unter diesem Ausdruck ist das Gleiche zu verstehen, wie unter dem ‚depositum' der römischen Rechtsquellen; die bis zur Reichstagsvorlage einschließlich gewählte Bezeichnung „Hinterlegungsvertrag" glaubte die Reichstagskommission vermeiden zu sollen, weil der Ausdruck Verwahrung sich dem herrschenden Sprachgebrauche besser anschließe.[5]

Wie beim mutuum und beim commodatum (vergl. oben S. 443) läßt es das BGB. auch beim depositum unerörtert, ob es als Realkontrakt[6] oder als Konsensualkontrakt aufzufassen sei. Es enthält sich ferner der Detailbestimmungen[7] über Hinterlegung verschlossener oder versiegelter Sachen, sowie über die ihre Beschädigung betreffenden Rechtsvermutungen und (wie bei der Leihe, vergl. oben S. 445) über die Haftung des Depositars bei gemeinschaftlicher Gefahr für die fremde und seine eigene Sache.[8]

Wiederherstellung des früheren Zustandes beanspruchen (vgl. § 678, oben S. 472, und § 249, oben S. 324 f., sowie Mot. II S. 86.

[1]) Mot. II S. 863.

[2]) Mot. II S. 864.

[3]) Nicht auch wegen der Alimentation der Geschwister, wie nach Sächs. BGB. § 1354. — Wegen des preußischen Rechts vgl. ALR. I, 11 §§ 1041 ff. und dazu oben S. 421 Anm. 3.

[4]) Darüber, daß dem BGB. eine actio de in rem verso (wegen „nützlicher Verwendung", ALR. I, 13 §§ 262 ff.) unbekannt ist, vgl. eingehend Mot. II S. 871 ff. Vgl. auch Endemann S. 903 oben.

[5]) Vgl. Reichstagskommissionsber. S. 1981.

[6]) So nach allen geltenden Systemen: im gemeinen Recht (vgl. Windscheid § 377 S. 386 Anm. 3), nach ALR. I, 14 §§ 9 f., Sächs. BGB. §§ 1260 f., code civil art. 1919, 1921.

[7]) Vgl. solche Bestimmungen in ALR. I, 14 §§ 26 ff., code civil art. 1931.

[8]) Vgl. ALR. I, 14 §§ 20 ff., Sächs. BGB. § 1266.

Digitized by Google

Bildet die Aufbewahrung der fremden Sache (§ 688) nicht ausschließlich oder doch hauptsächlich den Gegenstand des Vertrages,[1]) so wird[2]) ein anderes Vertragsverhältnis, etwa Leihe, Auftrag oder Dienst- oder Werkvertrag, aber nicht ein Verwahrungsvertrag gegeben sein, und ebenso, wenn der Vertrag eine unbewegliche Sache betrifft.

Die Verpflichtung des Depositars gipfelt (§ 688) in der Aufbewahrung (Obhut, custodia)[3]) und (§ 697) der späteren Rückgabe. Die Haftung ist die jedes Kontraktschuldners für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 I), beschränkt sich aber (§ 690) bei Unentgeltlichkeit des Vertrags auf diligentia quam suis;[4]) die Unentgeltlichkeit selber gehört jedoch (§ 689) keineswegs mehr, wie im römischen Recht,[5]) zum Wesen des Depositum.

Betreffs späterer Abweichungen von den Abreden der Parteien (§ 692)[6]) und betreffs des Ersatzes der Aufwendungen (§ 693)[7]) sowie wegen der Verzinsung eigenmächtig verwendeten Geldes (§ 698) gilt das Analoge wie beim Auftrage (§ 665, 670 und 668, oben S. 467 f.). Ebenso gilt wegen der — im Zweifel unzulässigen — Hinterlegung der Sache bei einem Dritten (§ 691) und wegen der Haftung für einen Gehilfen Gleiches wie für die Substitution beim Auftrage (§ 664 I, oben S. 466 f.).[8]) — Daß

[1]) Z. B. das Pferd soll gleichzeitig geritten (eingeritten), der Hund auf die Jagd genommen (dressiert) werden, bei Wertpapieren sollen die Koupons eingelöst und die Auslosung überwacht werden.

[2]) Vgl. Mot. II S. 570.

[3]) Vgl. ebenso ALR. I, 14 §§ 9, 11, Sächs. BGB. §§ 1260, 1264, code civil art. 1927. Also nicht ein bloßes Dulden der Sache an einer bestimmten Stelle, aber im allgemeinen auch keine positive Erhaltungspflicht (wie nach Sächs. BGB. § 1264). Vgl. Mot. II S. 571.

[4]) Diese zum Teil dem älteren Recht (vgl. ALR. I, 14 §§ 11 f., 17 f., code civil art. 1927 f.) entsprechende Modifikation war in der I. Lesung noch nicht vorgesehen.

[5]) Vgl. Mot. II S. 571; ebenso im allgemeinen Sächs. BGB. §§ 1260, 1263 und code civil art. 1917 (1928). Anders ALR. I, 14 §§ 9, 17, 48, 76.

[6]) Vgl. auch ALR. I, 14 § 16 (§ 14).

[7]) Teilweise anders das bisherige Recht; vgl. Windscheid § 379 S. 389/390, ALR. I, 14 §§ 42 ff., Sächs. BGB. § 1273, code civil art. 1947. Wegen der Verzinsung u. s. w. vgl. auch hier §§ 256—258 (oben S. 328).

[8]) Vgl. Sächs. BGB. § 1265 und ALR. I, 14 §§ 13 ff.

Digitized by Google

der Depositar die Sache ohne besondere Erlaubnis nicht gebrauchen darf, hat der Gesetzgeber nicht besonderes betonen zu müssen geglaubt.[1])

Die Verpflichtungen des Hinterlegers bestehen (§ 699) in Zahlung der vereinbarten Vergütung nach Beendigung der Aufbewahrung — hier gilt das Gleiche wie bei der Miete und beim Dienst- und Werkvertrage;[2]) vgl. oben S. 432, 450, 455, 459 — und ferner (§ 694)[3]) im Ersatze desjenigen Schadens, welchen die Sache wegen ihrer Beschaffenheit dem Verwahrer verursacht; diese Pflicht fällt nur fort, wenn der Hinterleger nachweist,[4]) daß ihm die gefahrdrohende Beschaffenheit des Objektes weder bekannt war noch bekannt sein mußte[5]) oder daß er sie dem Depositar angezeigt hat oder daß sie diesem sonst bekannt war.

Beide Parteien können (§§ 695 f.)[6]) die Hinterlegung jederzeit durch Rückforderung bezw. Rückgabe beendigen; eine Abrede über die Dauer der Hinterlegung bindet den Deponenten überhaupt nicht und den Depositar wenigstens nicht bei Obwalten eines wichtigen Grundes.[7]) — Das vom älteren Rechte[8]) aufgestellte Verbot der Retentions- und Kompensationsbefugnis gegenüber dem Anspruche auf Rückgabe des Depositum ist dem BGB. unbekannt.[9]) — Die Rückgabepflicht ist, wie im bisherigen Rechte,[10]) Holschuld, (§ 697).

---

[1]) Ausdrückliche Vorschriften über diesen Punkt bieten ALR. I, 14 §§ 80 ff., Sächs. BGB. § 1264 Satz 2, code civil art. 1930.

[2]) Vgl. §§ 551 II und 614, sowie die in den Kommissionsprot. (bei Haidlen S. 777) nicht, wohl aber bei Meisner S. 224 Anm. 1 herangezogenen §§ 641, 645. Bei Meisner S. 224 Anm. 2 auch zutreffende Bemerkungen wegen § 699 II.

[3]) Teilweise anders das gemeine Recht (Windscheid § 379 S. 389), ALR. I, 14 §§ 42 f. und code civil art. 1947.

[4]) Ueber die Beweislast Kommissionsprot. bei Haidlen S. 776.

[5]) Z. B. die Unsauberkeit eines erwachsenen Hundes oder dessen Neigung, Möbelstücke zu benagen.

[6]) Vgl. ebenso ALR. I, 14 §§ 46 f., 54 f., Sächs. BGB. §§ 1267 f., code civil art. 1944.

[7]) Vgl. analog beim Auftrage § 671 I und III (oben S. 468/469).

[8]) L. 11 Cod. depositi 4, 34, ALR. I, 14 §§ 77 f.; I, 16 §§ 363 f., Sächs. BGB. § 1271 Satz 2, code civil art. 1293, 1948.

[9]) Vgl. Mot. II S. 579 f.

[10]) ALR. I, 14 §§ 73 ff., code civil art. 1942 f. — Das ältere Recht

Digitized by Google

Das depositum irregulare (§ 700) bei Hinterlegung vertretbarer Sachen (z. B. Getreide in einem Silospeicher, Petroleum in einem Tank) unter bloßer Pflicht zur Rückgabe gleichartiger Sachen gilt[1]) als Darlehen, wird aber betreffs der Rückgabezeit und des Rückgabeortes dennoch wie ein echtes depositum behandelt. Bei Hinterlegung von Wertpapieren (§ 700 II) muß jedoch die Befugnis zu bloßer Rückgabe gleichartiger Papiere ganz ausdrücklich verabredet sein, um z. B. den Bankier zu civil- und strafrechtlich einwandfreier Aneignung der Depots zu berechtigen.[2])

Dreizehnter Titel. § 119. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

In engstem Zusammenhang mit Titel XII steht der kurze Titel XIII (§§ 701—704) über Einbringung von Sachen bei Gastwirten, welcher einige Abweichungen vom Verwahrungsvertrage bietet; er enthält zugleich eine zeitgemäße Reform der römischrechtlichen[3]) und partikularrechtlichen[4]) Sonderbestimmungen über das receptum cauponum und ist bemüht, die goldene Mittelstraße zwischen Schutz des reisenden Publikums und Rücksichtnahme auf die Interessen der Gastwirte einzuhalten,[5]) deren Haftung nach dem bisherigen Rechte wohl eine allzustrenge war.

Eine Begünstigung des Gastwirts liegt insbesondere in folgenden Vorschriften: darin, daß er sich gegenüber dem Anspruche des Gastes auf Schadensersatz wegen Verlustes oder Beschädigung eingebrachter Sachen nicht blos durch den Nachweis eines Ver-

enthält auch Sonderbestimmungen über den Fall einer Hinterlegung bei mehreren Personen bezw. durch mehrere Personen. Vgl. ALR. I, 14 §§ 59 ff., Sächs. BGB. §§ 1272, 1185, code civil art. 1955. Vgl. dazu Mot. II S. 580.

[1]) Ebenso ALR. I, 14 §§ 83 ff., Sächs. BGB. §§ 1274 ff. Anders das gemeine Recht (Windscheid § 379 S. 390).

[2]) Vgl. hierzu auch Kommissionsprot. bei Haidlen S. 780. — Vgl. jetzt auch noch Reichsges. v. 5. Juli 1896, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (RGBl. S. 183).

[3]) Vgl. den Digestentitel 1, 9 (nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant). Die Stallwirte (und Schiffer, vgl. HGB. vom 10. Mai 1897 §§ 559—678), sowie die Restaurateure betrifft BGB. §§ 701 ff. nicht.

[4]) Vgl. ALR. II, 8 §§ 444 ff., Sächs. BGB. §§ 1280 ff., code civil art. 1952 ff. — Vgl. ergänzend auch HGB. §§ 416, 606, 473 und Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 § 6.

[5]) Vgl außer Mot. II S. 584 auch Denkschrift S. 127 f.

Digitized by Google

schuldens des Gastes[1]) exkulpieren kann, sondern (§ 701 I Satz 2) bereits durch den Nachweis einer Verursachung[2]) des Schadens durch den Gast (durch dessen Begleiter oder die von ihm aufgenommene Person) oder durch die Beschaffenheit der Sachen[3]) oder durch vis major;[4]) ferner darin, daß der Wirt nicht haftet, wenn ihm (was er[5]) nachzuweisen hat) der Gast nicht unverzüglich Anzeige vom Verlust oder der Beschädigung gemacht hat (§ 703 Satz 1;[6]) sodann darin, daß der Gastwirt für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten in der Regel[7]) nur bis zu dem Betrage von 1000 Mark[8]) haftet (§ 702):[9]) eine Bestimmung, die noch über die handelsrechtlichen Vorbilder bei Land- und Seefrachtverkehr (HGB. Art. 395, 608) hinausgeht und den Wirt vor der Gefahr völligen Ruins schützen soll;[10]) endlich darin, daß der Gastwirt sowohl wegen der Wohnungsmiete, wie wegen der sonstigen Leistungen, die er dem Gast zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährt hat, und auch wegen seiner Auslagen ein dem älteren Rechte[11]) nachgebildetes, gesetzliches Pfand-

[1]) Vgl. ALR. a. a. O. §§ 447, 451, Sächs. BGB. § 1285.

[2]) Also auch hier huldigt das BGB. dem „Verursachungsprinzip" und nicht dem „Verschuldensprinzip".

[3]) Auch wenn durch die eine Sache des Gastes die andere beschädigt (z. B. von Fäulnis angesteckt) wird. Vgl. Mot. II S. 587.

[4]) Ueber den im Gesetz nicht genauer abgegrenzten Begriff der höheren Gewalt vgl. die Bemerkungen der Mot. II S. 585.

[5]) Wegen der Beweislast vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 787.

[6]) Nach § 703 Satz 2 haftet der Wirt im Falle einer Uebergabe der Sachen zur Aufbewahrung auch trotz Verspätung der Anzeige, deren Zweck es ist (Kommissionsprot. a. a. O.), den Wirt gegen verspätete oder frivole Ansprüche unredlicher Gäste zu schützen und ihm Gelegenheit zur Prüfung der Behauptungen des Gastes, zur Ermittelung der Schadensursachen und zum Einschreiten gegen die Thäter zu geben.

[7]) Der Wirt haftet nach den Grundsätzen des § 701 auch über den Betrag von 1000 *M.* hinaus, wenn er die Sachen in Kenntnis ihrer Eigenschaft als Wertsachen in Aufbewahrung nahm; ferner, wenn er oder seine Leute den Schaden verursacht haben, und endlich, wenn er die Aufbewahrung der Sachen abgelehnt hat.

[8]) Diese Summe ist einem französischen Gesetz vom 18. April 1889 entnommen. Vgl. Denkschrift S. 129 und Kommissionsprot. bei Haidlen S. 786.

[9]) Vgl. hierzu Hohenemser in der Deutschen Juristenzeitung II S. 38.

[10]) Mot. II S. 588.

[11]) Vgl. ALR. II, 8 § 445, preuß. Deklaration vom 21. Juli 1846 (Ges.S. S. 326), preuß. Ausführungsgesetz zur Konkursordnung vom 6. März 1879 § 7, code civil art. 2102 Ziff. 5, Reichskonkursordnung § 41 Nr. 5 und wegen der partikularen Ausführungsgesetze zu

Digitized by Google

recht an den invecta et illata des Gastes besitzt[3]) (§ 704), das sich in seinen Einzelnheiten dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters (§§ 559 Satz 3, 560—563, oben S. 434) anschließt.

Eine Begünstigung des Gastes ist namentlich darin zu finden, daß dieser, wie im bisherigen Recht,[1]) seinen Anspruch nicht (gleich dem Hinterleger, oben S. 474, 476) auf ein Verschulden des Gastwirts oder des Gasthauspersonals gründen muß, sondern einfach auf die Thatsache der Einbringung stützen kann (§ 701 I Satz 1); eingebracht ist aber (§ 701 II) alles, was der Gast sofort bei der Ankunft oder später[2]) dem Gastwirte selbst oder seinen zur Entgegennahme der Sachen (offenbar) bestellten Leuten (z. B. auch dem Portier oder[3]) dem Kutscher des Hotelwagens) übergeben hat oder was er an einen ihm von diesen angewiesenen bezw. an den zur Aufbewahrung bestimmten Ort gebracht hat.[4])

Die Entscheidung einer bisherigen Kontroverse bietet § 701 III, wonach der Wirt seine Haftung nicht durch einen Anschlag ablehnen darf.

Vierzehnter Titel. § 120. Die Gesellschaft.

Weit gründlicher äußert sich das BGB. in Titel XIV (§§ 705 bis 740) über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft.[5]) Ihm sind, wie wir wissen, auch die nicht rechtsfähigen Vereine unterworfen (§ 54 Satz 1, oben S. 162).[6]) Dagegen sind für eine große Anzahl dem Handelsgesetzbuch bezw. seinen Nebengesetzen angehöriger Gesellschaftsformen die Bestimmungen des Reichsrechts in Geltung geblieben (vgl. oben S. 156),[7]) während mit dem ganzen

den Reichsjustizgesetzen im übrigen Mot. II S. 590 Anm. 1.

[1]) Vgl. ALR. a. a. O. §§ 446, 450, Sächs. BGB. §§ 1280 f., 1284.

[2]) Vgl. Mot. II S. 586.

[3]) Vgl. Mot. S. 585/586.

[4]) Läßt der Gast nach seiner Abreise mit Einwilligung des Gastwirts Sachen zurück, so wird (vgl. Mot. II S. 586) ein Verwahrungsvertrag, ein Auftrag oder ein Speditionsvertrag vorliegen.

[5]) Zu einzelnen Punkten auch Hachenburg S. 201 ff.

[6]) Vgl. auch EBGB. Art. 10 Satz 2.

[7]) Zum Teil gehören und gehörten sie unter die juristischen Personen (Korporationen), was namentlich wegen der von Meisner S. 229 Anm. 2 ungenauer Weise erwähnten Organe des Gewerberechts und des Reichsversicherungsrechts der Fall ist.

Digitized by Google

Privatversicherungsrecht[1]) auch für die privaten Versicherungsgesellschaften einstweilen die partikularrechtlichen[2]) Vorschriften Beachtung behalten.

Das Gesellschaftsrecht des BGB. schließt sich entgegen der ersten Lesung nicht mehr der Grundauffassung des römischen (und sächsischen)[3]) Rechtes an, sondern — entsprechend dem preußischen und französischen Recht, sowie den Normen des HGB. über die offene Handelsgesellschaft[4]) — der Grundauffassung des germanischen Rechts, welches statt des römisch-rechtlichen condominium pro partibus indivisis die Möglichkeit eines besonderen, der Disposition des einzelnen Gesellschafters und seines Gläubigers entzogenen Gesellschaftsvermögens kennt, dessen Schicksale von der Idee der Gesamthandverhältnisse beherrscht sind[5]) (vgl. §§ 718I, 719I, unten S. 482), d. h. von der Idee, daß eine feste Abgrenzung der Vermögenssphäre der einzelnen Mitberechtigten am gemeinsamen Objekt nur nach außen hin (gegen Dritte), nicht nach innen (gegen einander) stattfindet.[6])

Die Gesellschaft entsteht formlos[7]) durch die Abrede mehrerer Personen,[8]) die Erreichung des verabredeten gemeinsamen Zweckes zu fördern, insbesondere auch die vereinbarten Beiträge zu leisten (§ 705). Der Zweck, welcher nach allgemeinen Grundsätzen[9]) natürlich weder verboten, noch unsittlich, noch unmöglich (noch auch auf das künftige[10]) Vermögen der Kontrahenten gerichtet) sein darf, kann[11]) einem materiellen (wirtschaftlichen), insbesondere auf Ver-

[1]) Vgl. oben S. 41.

[2]) Soweit nicht für Einzelpunkte das HGB. in Betracht kommt; vgl. insbes. dessen § 1II Nr. 3.

[3]) Sächs. BGB. §§ 1359 ff.

[4]) Vgl. ALR. I, 17 §§ 198, 263 ff., 63, 67—74, code civil art. und HGB. (ältere Fassung) Art. 119—122, 126.

[5]) Vgl. insbes. Denkschrift S. 130 und Kommissionsprot. nach Haiblen S. 805.

[6]) Vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, herausgegeben von H. O. Lehmann, Bd. I, Berlin 1896, S. 299.

[7]) Eine Ausnahme besteht für den Fall des BGB. § 311 (unten Anm. 10).

[8]) Nicht etwa (vgl. Mot. II S. 593) Abrede mit einer „von den Gesellschaftern gesondert gedachten Gesellschaft".

[9]) BGB. §§ 134 ff.; vgl. oben S. 250 ff.

[10]) Wegen des gegenwärtigen Vermögens (bezw. eines Bruchteils) gibt § 311 (oben Anm. 7) die bereits oben S. 240 erwähnte Formvorschrift.

[11]) Ebenso im gem. Recht; kon-

Digitized by Google

mögenserwerb oder -anlage gerichteten Charakter haben, aber auch in einer idealen (z. B. geselligen, künstlerischen, wissenschaftlichen)[1] Tendenz bestehen, ohne daß eine solche Programmverschiedenheit wie im Vereinsrechte (oben S. 163) abweichende Konsequenzen nach sich zieht. Zur Erreichung dieses Zweckes ist jeder Gesellschafter beizutragen verpflichtet — allerdings, wie bei allen andern ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Pflichten nur nach Maßgabe der diligentia quam suis, § 708[2] —, so daß also jede Art der societas leonina aus dem Rahmen des Gesellschaftsvertrages fallen würde.[3]

Natürlich aber kann der Beitrag eines der Gesellschafter auch lediglich in (einmaliger oder wiederholter) Arbeit (Dienstleistung) bestehen (§ 706 III); hierfür und für die Größe der Beiträge und ob eingebrachte Gegenstände nur zum Gebrauche (quoad usum) oder dem Rechte nach[4] (quoad sortem) auf die Gesellschaft übergehen sollen, wird der Vertragsabrede freie Hand gelassen; mangels Abrede sind aber (§ 706 I) gleich hohe Beiträge[5] zu leisten, und im Zweifel werden (nach § 706 II) gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter außer den vertretbaren und verbrauchbaren Sachen (oben S. 181 ff.) auch solche nicht vertretbare oder nicht verbrauchbare Sachen, welche nach einer nicht lediglich für die Gewinnverteilung bestimmten Schätzung beigetragen werden.

---

troverś nach ALR. (I, 17 §§ 169 ff.) und anders code civil art. 1832 ff. und Sächs. BGB. § 1359. Vgl. darüber Mot. II S. 594 f.

[1]) Z. B. mehrere Juristen thun sich zum Studium des BGB. zusammen und schaffen sich auf gemeinsame Kosten die Gesetzesmaterialien an.

[2]) Ebenso gemeines Recht (Windscheid § 406 S. 479), ALR. I, 17 §§ 211 ff. (abweichend nur § 212), Sächs. BGB. § 1371.

[3]) Vgl. Mot. II S. 594.

[4]) Alsdann muß der einbringende Gesellschafter Mobilien und Immobilien (diese gemäß § 313) zu Eigentum übertragen, Forderungen abtreten u. s. w.; denn ein unmittelbarer Vermögensübergang, wie er im gemeinen Recht (Dernburg Bd. II § 126 S. 345) und nach Sächs. BGB. § 1389 stattfindet, ist vom Gesetze nicht vorgesehen worden. Vgl. Mot. II S. 599). — Die Gewährleistung richtet sich nach § 493 (oben S. 403), die Folgen des Verzuges nach §§ 284 ff. (oben S. 343 ff.) Vgl. aber auch § 733 I.

[5]) Ebenso nach gemeinem Recht (Dernburg a. a. O. S. 340), nach ALR. I, 17 §§ 175, 189, 259 und Sächs. BGB. §§ 1360 f.

Digitized by Google

Die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung trifft bei bloßer Überlassung der Benutzung den einbringenden Gesellschafter (§ 733 II Satz 3), andernfalls alle Gesellschafter (§ 735); zur Einbringung eines Ersatzstückes ist der Gesellschafter ebensowenig verpflichtet wie[1]) — im Zweifel[2]) und nur den andern Gesellschaftern gegenüber[3]) (§ 707)[4]) — zur Erhöhung des Beitrages oder zur Ergänzung der durch Verluste geminderten Einlage.

Diese Beiträge und desgleichen der Geschäftsgewinn bilden nun das bereits S. 480 erwähnte Gesellschaftsvermögen (§ 718 I); zu ihm gehören auch die in § 718 II näher bezeichneten Erwerbungen und Ersatzstücke; es ist durch das Gesetz von dem Angriffe der einzelnen Gesellschafter sehr unabhängig gestellt worden, indem diese (§ 719 I) weder Teilung beanspruchen noch über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen bezw. an den einzelnen Vermögensstücken verfügen dürfen. Die Schuldner des Gesellschaftsvermögens, welche etwaige Forderungen gegen einen einzelnen Gesellschafter nicht zur Kompensation benutzen dürfen (§ 719 II), werden jedoch in ihrem guten Glauben nach Analogie des debitor cessus (§§ 406—408, oben S. 383/384) geschützt,[5]) bis sie von der Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen positive Kenntnis erlangen (§ 720).

Auch Gewinn und Verlust haben[6]) mangels anderer Abrede die Gesellschafter zu gleichen Teilen zu tragen (§ 722 I);[7]) die Abrechnung (§ 721) erfolgt bei längerer Dauer der Gesellschaft in dubio alljährlich.[8]) Die Ansprüche der Gesellschafter auf den Ge-

[1]) Wesentlich anders ALR. I, 17 §§ 190 ff., indem das die Nachschußleistung verweigernde Gesellschaftsmitglied höchstens zum Austritt gezwungen werden kann.

[2]) Vgl. Mot. II S. 597.

[3]) Die Gläubiger können Nachschuß gemäß § 735 beanspruchen.

[4]) Er schließt sich eng an HGB. Art. 92 an.

[5]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 806.

[6]) Dies entspricht dem Sächs. BGB. § 1365, dem HGB. Art. 109, 268, und dem gemeinen Recht (Windscheid § 406 S. 481 sub 4), aber nicht dem ALR. I, 17 §§ 244, 251 ff. und dem code civil art. 1853.

[7]) Eine Abrede über den Gewinn allein gilt in dubio auch für den Verlust und umgekehrt (§ 722 II).

[8]) Vgl. auch hier ALR. I, 17 § 261, (aber anders Sächs. BGB. § 1387). Ebenso HGB. Art. 255 I wegen der

Digitized by Google

winnanteil — und ferner die Ansprüche aus der Auseinandersetzung und, soweit sie vor dieser liquidiert werden dürfen, auch die Ansprüche aus der Geschäftsführung — sind übertragbar (§ 717 Satz 2); alle andern Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander (z. B. der Anspruch auf den Beitrag, oben S. 481) sind dagegen höchstpersönlich[1]) (§ 717 Satz 1), so daß also kein Gesellschafter den anderen eine andere Person als Gesellschaftsmitglied aufdrängen darf.

Wie betreffs der Beiträge und des Gewinnanteils gilt auch betreffs der Geschäftsführung gleiches Recht für alle (§ 709),[2]) indem mangels anderer Abrede unter den Gesellschaftern — und ebenso unter den mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern (§ 710 Satz 2) — Einstimmigkeit (§ 709 I) und bei vertragsmäßiger Einführung von Majoritätsbeschlüssen die absolute Mehrheit der Personen (§ 709 II),[3]) nicht die Höhe der Anteile entscheidet und der Protest eines Einzigen das Geschäft inhibiert (§ 711.)[4]) — Der geschäftsführende Gesellschafter schließt (bezw. die geschäftsführenden Gesellschafter schließen) alle übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung aus (§ 710 Satz 1), jedoch unbeschadet eines Kontrollrechts der anderen (vgl. § 716);[5]) aber auch seine Vertrauensstellung, die sich in einigen Angelegenheiten[6]) nach den Grundsätzen vom Auftrage (§§ 664—670, sowie § 671 II und III, oben S. 466 ff.) regelt (§§ 713, 712 II),[7]) kann ihm bei Obwalten eines „wichtigen

stillen Gesellschaft, sowie Art. 106 ff., wegen der offenen Handelsgesellschaft.

[1]) D. h. weder zu Abtretung (§§ 398 ff., oben S. 383), noch zu Pfändung (vgl. § 400, oben S. 386), noch zur Bestellung eines Konventionalpfandes (§ 1274 II) oder Nießbrauchs (§ 1069 II) geeignet. Vgl. Mot. II S. 615.

[2]) Ebenso ALR. I, 17 §§ 206 f., Sächs. BGB. § 1367 und gem. Recht (Windscheid § 407 S. 483); anders code civil art. 1859 und HGB. Art. 102.

[3]) Vgl. ALR. I, 17 § 209, Sächs. BGB. § 1367 Satz 2.

[4]) Vgl. hierzu HGB. Art. 99 ff. 102.

[5]) Zu § 716 II vgl. insbes. Kommissionsprot. bei Haiblen S. 803 und auch ALR. I, 17 §§ 222 f.

[6]) Ueber diese Angelegenheiten der §§ 664 ff. hinaus nur, wenn in der That wirkliches Mandat vorliegen sollte.

[7]) Hierzu vgl. insbes. Kommissionsprot. bei Haiblen S. 799.

Digitized by Google

Grundes“[1]) durch einstimmigen, bezw. Majoritätsbeschluß genommen werden (§ 712 I).[2]) — Eine compensatio lucri et damni[3]) steht ihm aus seiner Geschäftsführung nicht zu Gebote, wohl aber kann er für den ihm selber bei der Geschäftsführung erwachsenen Schaden Ersatz beanspruchen.[4]) Innerhalb seiner Kompetenz gilt er in dubio als Bevollmächtigter (oben S. 273 ff.) der andern Gesellschafter (§ 714),[5]) so daß er namens der Gesellschaft zu handeln befugt ist; eine derartige Vollmacht ist aber (§ 715) entgegen der Regel (§ 168 Satz 2, oben S. 281) nicht beliebig, sondern nur wie die Befugnis zur Geschäftsführung selber widerruflich (§ 712 I) und eventuell nur mit dieser zugleich.

Die Gesellschaft endigt außer durch Abrede der Gesellschafter, durch Ablauf der festgesetzten Zeit und durch Eintritt der Resolutivbedingung[6]) auch: durch Kündigung (§§ 723—725), durch Erreichung bezw. Unmöglichkeit des vereinbarten Zweckes (§ 726),[7]) durch Tod eines Gesellschafters[8]) — hier gilt nach § 727 II betreffs einstweiliger Fortführung der Geschäfte durch den Erben Ähnliches[9]) wie zufolge 673, oben S. 469, bei Tod des Beauftragten — und durch Konkurs eines Gesellschafters (§ 728).[10]) Dagegen ist der

[1]) Vgl. HGB. Art. 101 sowie code civil art. 1856. Wichtiger Grund ist (§ 712 I a. E.) insbesondere grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zu ordnungsmäßiger Geschäftsführung. Vgl. meine oben S. 89 Anm. 7 citierte Studie § 17 sub I 3 S. 174.

[2]) Ebenso Sächs. BGB. § 1368, code civil art. 1856. Abweichend (vgl. auch Mot II S. 605 Anm. 1) ALR. I. 17 § 210.

[3]) Vgl. ALR. I, 17, § 215, code civil art. 1850, Mot. II S. 608.

[4]) ALR. I, 17 § 227, Sächs. BGB. § 1376, code civil art. 1852, Mot. II S. 609.

[5]) Ebenso ALR. I, 17 §§ 210, 231.

[6]) Ueber diese vom BGB. nicht besonders hervorgehobenen Gründe vgl. HGB. Art. 123 Ziff. 4 und 5, 261 Ziff. 4 und 5, code civil art. 1865, Sächs. BGB. § 1385.

[7]) Vgl. ebenso das gemeine Recht (Windscheid § 408 S. 484), ALR. I, 17 § 277, Sächs. BGB. § 1385, code civil art. 1865 Nr. 2, art. 1867. Vgl. auch HGB. Art. 125 III Ziff. 1.

[8]) Ebenso gemeines Recht (Windscheid a. a. O. S. 484 und S. 485), Sächs. BGB. §§ 1383 f., code civil art. 1865 f., HGB. Art. 123 Ziff. 2, Art. 261. Anders ALR. I, 17 §§ 278 ff.

[9]) Abweichungen enthalten § 727 II Satz 2 und in Satz 1 die Worte „in Gemeinschaft mit ihm“.

[10]) Ebenso das gemeine Recht (Windscheid a. a. O.), Sächs. BGB. § 1385, code civil art. 1865 Nr. 4 und HGB. Art. 123 Ziff. 3, Art. 261 Ziff. 2; anders aber das Preußische Recht (vgl. Mot. II S. 624 Anm. 1). — Wegen Zwangsvollstreckung

Digitized by Google

Verlust der Geschäftsfähigkeit des Gesellschafters kein ipso jure wirkender Erlöschungsgrund,[1]) sondern kann höchstens indirekt zur Auflösung der Gesellschaft führen, und zwar als ein die Kündigung rechtfertigender „wichtiger Grund" (§ 723 I Satz 2). — Wegen dieser Kündigung[2]) unterscheidet das Gesetz (§§ 723 ff.), ob einerseits die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit (§ 723 I Satz 2) oder ob sie andererseits für keine bestimmte Zeit (§ 723 I Satz 1) bezw. für die Lebenszeit eines Gesellschafters (§ 724 Satz 1)[3]) eingegangen bezw. nach Ablauf der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wurde (§ 724 Satz 2).[4]) In diesen Fällen kann jeder Gesellschafter jederzeit kündigen; in jenem Falle ist[5]) die vorzeitige Kündigung bezw. die Kündigung ohne Wahrung der Kündigungsfrist (§ 723 I Satz 3) von Vorhandensein eines „wichtigen Grundes" (z. B. von Unmöglichkeit der Erfüllung oder vorsätzlicher bezw. grobfahrlässiger Pflichtverletzung durch einen Gesellschafter, § 723 I Satz 2) abhängig, und unzeitige, unbegründete Kündigung (§ 723 II) ist — wie die Kündigung des Beauftragten (§ 671 II, oben S. 469) — mit Schadensersatzpflicht verknüpft.[6]) Die Kündigung kann endlich auch von dem Gläubiger eines Gesellschafters ausgehen (§ 725); dieser Gläubiger darf zwar während des Bestehens der Gesellschaft außer dem Anspruche seines Schuldners auf den Gewinnanteil keine andern Rechte seines Schuldners aus dem Gesellschaftsverhältnisse

in das Gesellschaftsvermögen vgl. CPO. § 670 b.

[1]) Vgl. anders Sächs. BGB. § 1385 und ähnlich code civil art. 1865 Nr. 4 und dazu Mot. II S. 624.

[2]) Wegen aller anderen Auflösungsgründe vgl. zu Gunsten des geschäftsführenden Gesellschafters § 729 und zu diesem § 674 (oben S. 470). Ausschluß oder Beschränkung der Kündigung ist nichtig (§ 723 III).

[3]) Vgl. hierzu wegen des gemeinen Rechts Windscheid § 408 S. 484 Anm. 7 (S. 485); ferner ALR. I, 17 § 289, code civil art. 1844, 1869, HGB. Art. 123 II und auch Sächs. BGB. § 1382. Anders das BGB. selber in §§ 567 (581 II), 624, 750. Ausschlaggebend war die Erwägung (Mot. II S. 621), „daß ein auf Lebenszeit eingegangener Gesellschaftsvertrag meistens auf Uebereilung, Selbsttäuschungen und Illusionen beruht."

[4]) Vgl. (mit einigen Abweichungen) BGB. § 568 I (581 II), 625, sowie HGB. Art. 123 Ziff. 5, 261 Ziff. 5.

[5]) Vgl. Sächs. BGB. §§ 1379 ff., code civil art. 1844, 1865, 1869 ff., HGB. Art. 125. Anders ALR. I, 17 §§ 269 f., 289.

[6]) Socius a se quidem liberat socios suos, se autem ab illis non liberat. (l. 65 § 3 Dig. pro socio 17, 2). Mot. II S. 620.

Digitized by Google

geltend machen (§ 725 II); er kann sich aber (§ 725 I), wenn er auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels[1]) den Anteil seines Schuldners am Gesellschaftsvermögen pfänden ließ,[2]) für den ihm fehlenden Anspruch auf unmittelbare Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen[3]) insofern einen Ersatz schaffen, als er durch sofortige Kündigung die baldige Auseinandersetzung zu bewirken vermag.

Denn diese Auseinandersetzung ist die unmittelbare Folge jeder Auflösung der Gesellschaft (§ 730 I); für die Zwecke der Auseinandersetzung gilt allerdings die Gesellschaft (nicht jedoch ohne diesbezügliche Klausel des Gesellschaftsvertrags die Kompetenz des geschäftsführenden Gesellschafters) einstweilen als fortbestehend (§ 730 II). Für das Liquidationsverfahren greifen (§ 731) die Regeln über Teilung einer Gemeinschaft (§§ 752 ff.) Platz und außerdem die Sonderbestimmungen der §§ 732 bis 735, welche[4]) von der actio communi dividundo und dem konstitutiven Teilungsurteil des römischen und sächsischen Rechts[5]) absehen und entsprechend dem preußischen Recht[6]) bestimmte gesetzliche Normen aufstellen; diese gipfeln darin, daß nach Rückgabe der von einem Gesellschafter nur zur Benutzung überlassenen Gegenstände (§ 732) die gemeinschaftlichen Schulden berichtigt und die Einlagen zurückerstattet werden (§ 733), wobei im Falle der Insuffizienz des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter zu Nachschüssen verpflichtet sind (§ 735), im Falle eines Überschusses dagegen dessen Teilung unter die Gesellschafter erfolgt (§ 734).

Die Kündigung, der Tod eines Gesellschafters und sein Konkurs[7]) können übrigens laut Vertragsabrede statt der Auflösung

---

[1]) Vgl. hierzu Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 (RGBl. S. 55) § 64 und Kommissionsprot. nach Haidlen S. 811.

[2]) Vgl. dazu die Novelle zur CPO., Reichstagsvorlage Nr. 212 § 754b.

[3]) Vgl. Meisner S. 234 a. E.

[4]) Vgl. auch Meisner S. 236 sowie Denkschrift S. 133 f. (dort wegen der Gemeinschaft).

[5]) Vgl. wegen des gemeinen Rechts Windscheid § 449 S. 620 ff. in den Anmerkungen; sodann Sächs. BGB. §§ 257, 340 ff. (§§ 953, 2347); etwas abweichend code civil art. 815 ff., 826, 831 ff., 1686 ff., 1872.

[6]) ALR. I, 17 §§ 87 ff.

[7]) Wegen Konkurses der nicht ins Handelsrecht gehörigen Gesellschaften bezw. der Gesellschafter hat die Reichs-

Digitized by Google

der ganzen Gesellschaft lediglich das Ausscheiden dieses Gesellschafters (§ 736) und die Kündigung kann bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes (§ 723 I Satz 2) die Ausschließung dieses Gesellschafters (§ 737) zur Folge haben.[1]) Alsdann wächst sein Anteil den verbleibenden Gesellschaftern ipso jure zu (§ 738 I Satz 1); diese müssen den Ausscheidenden jedoch so entschädigen, als ob eine Auseinandersetzung erfolgt wäre (§§ 738 bis 740); der Ausscheidende darf für Ermittelung des Wertes des Gesellschaftsvermögens nicht etwa den Verkauf gemeinschaftlicher (und beispielsweise von ihm selber nicht blos zum Gebrauch eingebrachter) Gegenstände, sondern nur deren Abschätzung verlangen (§ 738 II) und bleibt (§ 740)[2]) wegen der gerade schwebenden Geschäfte bis zu deren Abwickelung aktiv und passiv interessiert.

Fünfzehnter Titel. § 121. Die Gemeinschaft.

Nicht blos zufolge eines Gesellschaftsvertrages (oben S. 480) kann das Eigentum an einer Sache oder ein Recht (z. B. eine hypothekarische Forderung) mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen, sondern noch auf Grund vieler andrer Umstände.[3]) Von diesen haben das eigentliche Miteigentum,[4]) die güterrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisse des Eherechts[5]) und die Gemeinschaft der Miterben[6]) ihre ausdrückliche gesetzliche Regelung (in Buch IV und V) erfahren, und zwar, wie die Gesellschaft (oben S. 480), auf der Grundlage der Gesamthand-Idee des deutschen Rechts. — Für alle übrigen Fälle dient nun Tit. XV §§ 741—758 mit seinen Bestimmungen über die Gemeinschaft zur Aushilfe. Diese Bestimmungen sind im wesentlichen[7]) auf römischrechtlicher Basis aufgebaut:

tagsvorlage zur Novelle der Konkurs-Ordn. (vgl. insbes. Nr. 51 und 52 zu §§ 199 f.) keine Abänderungen vorgesehen. — Wegen der Zwangsvollstreckung vgl. Reichstagsvorlage zur CPO. Nr. 177 § 670b (oben S. 484 Anm. 10 auf S. 485).

[1]) Vgl. HGB. Art. 127 f.

[2]) Vgl. HGB. Art. 130.

[3]) Vgl. Denkschrift S. 132.

[4]) Vgl. §§ 1008 ff. (§ 1258).

[5]) Nämlich: Allgemeine Gütergemeinschaft der Ehegatten (§§ 1438 ff.) nebst fortgesetzter Gütergemeinschaft des Ueberlebenden mit den Abkömmlingen (§§ 1483 ff.), Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 ff.) und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549 ff.).

[6]) §§ 2032 ff.

[7]) Wegen der Ausnahmen (§§ 746, 747 Satz 2 und 751 Satz 1) s. unten S. 489.

Digitized by Google

namentlich indem die Gemeinschaft nur als „Gemeinschaft nach Bruchteilen“[1]) (§ 741) erscheint, welche sich vor der Auseinandersetzung nicht in natürlicher Weise durch Teilung geltend machen, sondern als ideale Teile lediglich im Verhältnis zum Ganzen gedacht werden,[2]) und welche auch bereits vor der Auseinandersetzung der Verfügung jedes Teilhabers (§ 747 Satz 1) und somit zugleich der Zwangsvollstreckung seines Gläubigers unterliegen.

Diese römischrechtlichen Grundsätze finden freilich in gewissen Fragen auch bei den soeben erwähnten, vom Gesetze einer besonderen Regelung unterworfenen Gemeinschaftsverhältnissen Anwendung, nämlich[3]) betreffs Auseinandersetzung der Gesellschafter (§ 731, oben S. 486), betreffs Teilung des sich bei Aufhebung der Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- und der Fahrnisgemeinschaft ergebenden Überschusses der Aktiva über die Passiva (§ 1477 I, §§ 1546 II, 1549) und betreffs einiger auf das Verhältnis der Miterben bezüglicher Punkte (§§ 2038 II, 2042 II, 2044 I Satz 2). — Im übrigen wird auf Tit. XV Bezug genommen in § 922 Satz 4 und zum Teil in § 1010 II.[4])

Das Prinzip der Gleichberechtigung aller Teilhaber äußert sich betreffs der Anteile (§ 742:[5]) „im Zweifel“) und mittelbar daher auch betreffs des den Anteilen entsprechenden Fruchtgenusses (§ 743 I) und der Lastentragung (§ 748),[6]) sowie betreffs der den Teilhabern gemeinschaftlich zustehenden Verwaltung (§ 744 I). Dabei darf aber (§ 744 II) jeder Teilhaber, wenn die Erhaltung des Gegenstandes in Frage steht, die erforderlichen Maßregeln selbständig treffen und, eventuell im Klagewege, die diesbezügliche Einwilligung der andern Teilhaber im voraus verlangen; auch darf jeder Teilhaber eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen

[1]) Auch im EBGB. Art. 173 wird ihrer (wegen der Uebergangszeit) gedacht.

[2]) Vgl. auch Mot. II S. 873.

[3]) Vgl. Denkschrift S. 135.

[4]) Ausgeschlossen ist die Anwendung der §§ 749—751 im Falle des EBGB. Art. 131.

[5]) Vgl. ALR. I, 17 § 2, Sächs. BGB. § 328, sowie etwas abweichend von § 742 BGB. § 1109.

[6]) Vgl. ebenso gemeines Recht (Windscheid § 449 S. 623), ALR. I, 17 § 45; abweichend Sächs. BGB. § 335.

Digitized by Google

(eventuell des Richters) entsprechende und vielleicht dem Willen eines einzelnen Teilhabers widersprechende Verwaltung und Benutzung fordern (§ 745 II),[1] sofern nicht durch eine Vereinbarung oder durch einen (nach der Größe der Anteile zu berechnenden, § 745 I) Mehrheitsbeschluß diesbezüglich ordnungsmäßige Regelung eingeführt worden ist.

Solche Vereinbarungen und ebenso die Abreden über die Dauer der Gemeinschaft wirken auch (§§ 746, 751 Satz 1) für und gegen die Sondernachfolger.[2] Dadurch soll verhindert werden,[3] daß einer der Teilhaber jene Abreden durch das ihm an sich gebührende (§ 747 Satz 1) Recht zur Verfügung über seinen Anteil und zu dessen Veräußerung vereitelt. Dies Veräußerungsrecht,[4] welches zwar keinem Proteste oder Vorkaufsrecht der andern Teilhaber ausgesetzt ist,[5] wohl aber der Zwangsvollstreckung zu Gunsten eines Gläubigers jenes Teilhabers unterliegt, bezieht sich jedoch nur auf den Einzelanteil, nicht auf den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen; denn über diesen darf nur durch alle Teilhaber gemeinschaftlich verfügt werden[6] (§ 747 Satz 2): eine Vorschrift, in welcher (wie in den soeben besprochenen §§ 746 und 751 Satz 1) das Prinzip der Gesamthand ausnahmsweise zum Durchbruche kommt.

Die Gemeinschaft trägt naturgemäß den Todeskeim in sich.[7] Jeder Teilhaber kann ihre Aufhebung jederzeit verlangen (§ 749 I), und dieser Anspruch ist (§ 758) der Verjährung entzogen.[8] Die

---

[1]) Die Grenze dieses Anspruchs stellt § 745 III auf.

[2]) Diese Bestimmungen, durch welche (vgl. unten zu Anm. 6 und Denkschrift S. 132) das Prinzip der Gesamthand zur Geltung gelangt, entstammen der II. Lesung, erfahren aber eine Ausnahme durch § 1010.

[3]) Denkschrift a. a. O.

[4]) Es entspricht im wesentlichen dem geltenden Recht. Vgl. Windscheid I § 169a S. 504, ALR. I, 17 §§ 4 f., 10 ff., 60, 69, Sächs. BGB. §§ 329 f., 1392.

[5]) Wie nach ALR. I, 17 §§ 61 ff., 74 und Preuß. Ges. v. 2. März 1850 betr. die Ablösung der Reallasten (Ges. S. 77) § 4 I.

[6]) Vgl. im wesentlichen ebenso ALR. I, 17 §§ 10—24.

[7]) Ebenso nach gemeinem Recht (Windscheid II § 449 S. 624), ALR. I, 17 §§ 75 ff., Sächs. BGB. § 337.

[8]) Ebenso gemeines Recht (Windscheid I § 106 S. 303), ALR. I, 17 §§ 76 ff., Sächs. BGB. § 151.

Digitized by Google

Wirkung einer Abrede[1]) über zeitweiligen Ausschluß des Anspruchs auf Aufhebung ist, da die Gemeinschaft prinzipiell mit dem Tode eines Teilhabers endigt,[2]) in dubio nur an die Person des einzelnen Gesellschafters geknüpft (§ 750) und verliert — ebenso wie eine Abrede dauernden Ausschlusses der Aufhebung — ihre Geltung bei Vorhandensein eines „wichtigen Grundes" (§ 749 II Satz 1). Der in diesem Falle und desgleichen unter derselben Voraussetzung trotz Bestimmung einer Kündigungsfrist (nach § 749 II Satz 2) bestehende Anspruch auf sofortige Aufhebung der Gemeinschaft darf durch Abrede weder ausgeschlossen noch beschränkt werden (§ 749 III: bei Nichtigkeit solcher Vereinbarung).[3]) — Den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft darf auch der Pfändungspfandgläubiger eines Teilhabers geltend machen (§ 751 Satz 2); die Voraussetzungen sind fast wörtlich die gleichen wie wegen des Kündigungsrechts, welches (§ 725 I, oben S. 485) dem Gläubiger des Gesellschafters zusteht.

Falls nun die Aufhebung der Gemeinschaft stattfindet, so erfolgt auch hier, wie bei der Gesellschaft (oben S. 486), nicht eine richterliche Adjudikation.[4]) — Für das Teilungsverfahren fragt es sich, ob der Gegenstand teilbar ist (wie[5]) Geld oder Getreide oder der Erlös einer einziehbaren Forderung, § 754 Satz 2) oder nicht (vgl. oben S. 208 f.). In jenem Falle (§ 752) findet Teilung (Zerlegung) in Natur und Verlosung der Einzelteile statt, in diesem Falle (§ 753 I und § 754 Satz 1) meistbietender Verkauf des Gegenstandes und Teilung des Erlöses,[6]) und zwar im allgemeinen mittels öffentlicher Auktion[7]) bezw. Subhastation; wenn jedoch die Veräußerung an Dritte verboten ist, lediglich mittels Versteigerung

[1]) Diese Abrede kann durch das Interesse der Teilhaber und aus volkswirtschaftlichen Gründen geboten sein. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 827 a. E.

[2]) Vgl. Mot. II S. 880.

[3]) Vgl. zu diesem Punkte auch die Novelle zur Konkurs-Ordnung § 14 II, Reichstagsvorlage Nr. 11.

[4]) Vgl. auch Mot. II S. 881/2, 883 a. E.

[5]) Wegen der Grundstücke vgl. die Bemerkungen der Mot. II S. 884.

[6]) Nur hierauf kann sich die Klage nach ALR. I, 17 §§ 87 ff. richten.

[7]) Nach den Grundsätzen vom Pfandverkauf (§§ 1235 ff.)

Digitized by Google

unter den Teilhabern selber[1]) (§ 753 I Satz 2). — Bei der Aufhebung der Gemeinschaft kann jeder Teilhaber, und zwar auch gegenüber den Rechtsnachfolgern der anderen verlangen, daß eine Schuld, welche den Charakter einer Gesamtschuld trägt, aus dem Gesamtschuldobjekte durch dessen Versteigerung getilgt werde (§ 755);[2]) ferner kann er verlangen (§ 756), daß eine aus der Gemeinschaft — z. B. durch Auslagen für Erhaltung und Verwaltung des Gegenstandes[3]) — entstandene Forderung aus dem auf seinen Schuldner entfallenden Anteil am gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde.[4]) — Die Gewährleistung wegen juristischer oder physischer Mängel eines Gegenstandes, welcher einem der Teilhaber zugeteilt wurde, richtet sich nach den Grundsätzen von der Gewährleistung beim Kaufe (§§ 434 ff. und §§ 459 ff., oben S. 397 ff. und S. 403 ff.) und trifft jeden der andern Teilhaber anteilsmäßig.[5])

Sechszehnter Titel. § 122. Die Leibrente.

Tit. XVI (§§ 759—761) und Tit. XVII (§§ 762—764), welche die Leibrente und Spiel und Wette behandeln, erörtern damit einen Teil der „gewagten Geschäfte" (aleatorische, Glücksverträge), wegen deren das BGB. im übrigen entgegen dem ALR. (I, 10 §§ 527 ff.) keine allgemeineren und zusammenfassenden Bestimmungen enthält. Auch wegen des „Altenteils"[6]) (Leibgedinge, Leibzucht, Auszug) schweigt das BGB., weil es (EBGB. Art. 96) diese Materie besser dem Partikularrecht überlassen zu müssen glaubte.

Auch die Vorschriften über die Leibrente sind verhältnismäßig[7]) knapp, da das BGB. nicht blos den Begriff undefiniert

[1]) Wenn eine Wiederholung des zunächst erfolglosen Versteigerungsversuches gleichfalls erfolglos bleibt, so hat der sie beantragende Teilhaber die Kosten zu tragen (§ 753 II).

[2]) Vgl. dazu Konkurs-Ordnung § 44, sowie Denkschrift S. 135 f., Kommissionsprot. nach Haidlen S. 833.

[3]) Vgl. § 748 und dazu oben S. 488.

[4]) Vgl. wegen des Sondernachfolgers auch hier § 1010 II.

[5]) Vgl. ebenso gemeines Recht (Windscheid § 449 S. 626), ALR. I, 17 §§ 97 f., Sächs. BGB. §§ 2347, 2352 f., code civil Art. 883 ff.

[6]) Vgl. Joseph, Rechtsverhältnisse bezüglich des Altenteils nach dem BGB. (in Gruchots Beiträgen Jahrg. 41, 1897, S. 302—318).

[7]) Vgl. ALR. I, 11 §§ 606—650.

Digitized by Google

läßt, sondern auch über eine Reihe anderer Fragen schweigt (wie[1]) z. B. über die Folgen der Nichterfüllung, die Anfechtung, die Einwirkung eines Selbstmordes des Rentenschuldners oder der Tötung desjenigen, auf dessen Leben die Leibrente gestellt ist).

Der Leibrentenvertrag ist eines der wenigen Rechtsgeschäfte, für welche das BGB. — hier mit Rücksicht auf seine Wichtigkeit und die lange Dauer seiner Wirksamkeit[2]) — eine Formvorschrift (Schriftlichkeit des Versprechens) vorgesehen hat (§ 761), und zwar auch erst in der Reichstagskommission.[2])

Im Zweifel ist (§ 759) der festgesetzte Betrag als Jahresbetrag zu betrachten und die — möglichenfalls zu Gunsten eines Dritten verabredete[3]) — Rente nur auf Lebenszeit des Gläubigers zu entrichten;[4]) Pränumerationsleistung bildet die Regel[5]) (§ 760), und zwar bei Geldrenten im besondern Pränumerationszahlung für ein Vierteljahr;[6]) bei andern Gegenständen[7]) — die Rente kann auch z. B. in Nahrungsmitteln bestehen — bestimmt sich der Zeitraum der Pränumerationsleistung nach Zweck und Beschaffenheit der Rente; die Erben sind (§ 760 III), wenn der Rentenempfänger im Laufe des betreffenden Zeitabschnittes stirbt, nicht zu Rückzahlung verpflichtet.[8])[9]) — Alle diese Grundsätze finden auch in einer Reihe anderer Fälle Anwendung, bei welchen wiederkehrende Leistungen (Alimente) zu entrichten sind, nämlich nach § 528 I Satz 2 und 3 (oben S. 423), § 843 II Satz 1 (vgl. oben S. 69), § 1361 I Satz 1, § 1580 I Satz 1 und § 1612 III. Etwas abweichend §§ 1710 ff.

---

[1]) Vgl. ALR. a. a. O. §§ 647 f., 640 f., 619, 621 ff.

[2]) Kommissionsprot. nach Haidlen S. 840.

[3]) Vgl. BGB. § 328 (oben S. 361) und auch ALR. I, 11 §§ 612 f., code civil art. 1971.

[4]) Natürlich kann aber auch früheres Erlöschen (z. B. nach erfolgter Anstellung) oder Ausdehnung auf die Erben vereinbart werden (Mot. II S. 638 f.).

[5]) Ebenso ALR. I, 16 §§ 61 f., Sächs. BGB. § 1154 Satz 2.

[6]) Ebenso, aber betreffs aller Leistungen, ALR. und Sächs. BGB. a. a. O.

[7]) Die Vorschrift des ALR. I, 11 § 608 greift dabei nicht Platz.

[8]) Vgl. Sächs. BGB. § 1154 Satz 3, code civil art. 1980 Satz 2. Wegen ALR. I, 11 § 649 vgl. Mot. II S. 639 Anm. 4.

[9]) Wegen der Klage auf künftige Raten vgl. die Novelle zur CPO., Reichstagsvorlage Nr. 63 § 231 b.

Digitized by Google

Spiel und Wette (§ 762) und ebenso derjenige Vertrag, welcher sich auf eine staatlich nicht genehmigte Lotterie oder Ausspielung bezieht (§ 763 Satz 2), und endlich die Differenzgeschäfte (§ 764) begründen nur eine Naturalobligation, indem (§ 762 I) die Schuld nicht eingeklagt, das Geleistete aber auch nicht kondiziert werden darf, gleichviel[1]) ob die Leistung vor oder nach der Entscheidung über den Ausgang des Spieles u. s. w. erfolgte und ob etwa[2]) bei der Wette der Einsatz hinterlegt worden war.

Durch andere Gründe kann die Rückforderung allerdings gerechtfertigt sein; sie kann etwa aus der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Vertrages gefolgert werden; diese wiederum kann sich z. B. aus der arglistigen Täuschung seitens des Gegners ergeben[3]) — welcher mit falschen Karten spielte oder bei der Wette positiv über die bestrittene Sachlage unterrichtet war[4]) — bezw. auch aus dem absoluten Verbote oder aus den Moralvorschriften, gegen welche im konkreten Falle das Spiel oder die Wette verstößt.[5])

Ausschluß der Klage[6]) und Ausschluß der condictio indebiti beziehen sich aber auch (§ 762 II) auf solche Vereinbarungen, durch welche der Verlierer behufs nachträglicher oder künftiger Erfüllung seiner Spiel- oder Wettschuld gegenüber dem Gewinner eine andere, formal-juristisch bindende Verpflichtung eingeht, z. B. mittels Schuldanerkenntnisses oder[7]) Schuldversprechens oder Wechselausstellung.[8])

Ob eine Lotterie oder Ausspielung staatlich genehmigt ist[9]) (§ 763 Satz 1) und alsdann im Gegensatze zu Spiel und

[1]) Vgl. Mot. II S. 644/645.

[2]) Vgl. ALR. I, 11 § 579 und Mot. S. 645.

[3]) Vgl. BGB. § 123 I (oben S. 232 ff.) und Mot. II S. 645 f.

[4]) Vgl. ALR. I, 11 § 580, code civil art. 1967.

[5]) Vgl. BGB. §§ 134 und 138 (oben S. 250 ff. und 255 ff.) sowie Mot. II S. 644.

[6]) Und damit auch zugleich Ausschluß der Kompensation (§§ 387, 390; vgl. oben S. 380); Mot. II S. 644 a. E.

[7]) Kommissionsprot. nach Haidlen S. 842/843.

[8]) Dagegen schweigt BGB. im Gegensatze zu ALR. I, 11 § 581 über die Klagbarkeit oder Klaglosigkeit des zum Zwecke von Spiel und Wette gegebenen Darlehens. Vgl. Meisner S. 247/248.

[9]) Das reichsrechtliche Verbot und die Strafbarkeit ungenehmigter Lotterien im Strafgesetzbuch § 286 betrifft nur öffentliche Lotterien und Ausspielungen.

Digitized by Google

Wette vollkommen verbindliche Ansprüche für beide Teile erzeugt, entscheidet das Partikularrecht.[1])

Die Differenzgeschäfte (§ 764) gelten als Spiel selbst dann, wenn nur ein Teil den Vertrag lediglich auf die Differenz gerichtet wissen wollte, wenn aber der andere Teil diese Absicht entweder kannte oder aus Fahrlässigkeit nicht kannte. Die Gleichstellung der Differenzgeschäfte mit dem Spiel beruht erst auf einem mit der Judikatur des Reichsgerichts[2]) und mit dem Sächsischen BGB. harmonierenden Beschlusse des Reichstags,[3]) kommt aber nach dem Börsengesetze[4]) denjenigen Kaufleuten nicht zu Gute, welche ins Börsenregister eingetragen sind.

Achtzehnter Titel. § 124. Die Bürgschaft.

Die Bürgschaft (Tit. XVIII §§ 765—779) — d. h. (§ 765 I) der Vertrag, durch welchen sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten[5]) verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen — ist neben der Schuldübernahme (§§ 414 ff., oben S. 386) der einzige vom BGB. erörterte Fall des weiteren Begriffes der Interception[6]) und des Garantievertrages, aber auch der wichtigste Fall.

Die Bürgschaft setzt einen Vertrag voraus — eine „gesetzliche Bürgschaft" ist dem BGB. unbekannt[7]) — und dieser Vertrag

---

[1]) Mot. II S. 649. Vgl. Endemann, der Einfluß des BGB. auf die landesrechtlichen Lotterieverbote (in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrg. III, 1898, Nr. 3 S. 51).

[2]) Entsch. des Reichsger. in Civils. Bd. 34 (1895) Nr. 20 S. 83 ff., Sächs. BGB. § 1482.

[3]) Kommissionsber. S. 1983 bis 1984 (Sitzungsprot. S. 2786, 3060).

[4]) Börsengesetz v. 22. Juni 1896 (RGBl. S. 157) § 69.

[5]) Aber auch ohne dessen Beteiligung; vgl. auch ALR. I, 14 §§ 200, 202, 206 ff., Sächs. BGB. § 1449, code civil art. 2011, 2015. Wegen Irrtums des Bürgen über die Person des Schuldners (Sächs. BGB. § 1353) vgl. BGB. § 119 (oben S. 226 ff.) und Mot. II S. 660.

[6]) Allgemeinere Bestimmungen über die Interception erschienen (Mot. II S. 657) überflüssig, zumal die neuere Gesetzgebung hier einer Sonderstellung der Frauen abhold gewesen war (vgl. oben S. 82 f.).

[7]) Doch „haftet wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat," der ursprüngliche Hauswirt für den neuen Käufer (§ 571 II Satz 1, oben S. 59/60) und der bisherige Pfandgläubiger für den neuen (§ 1251 II Satz 2).

Digitized by Google

steht aus gleichen Gründen wie die Leibrente (oben S. 492)[1]) unter Formzwang, indem nämlich schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung,[2]) erfolgen muß (wobei freilich der Formmangel geheilt wird, soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt). Die Bürgschaft setzt ferner eine gültige, wenn freilich (§ 765 II)[3]) vielleicht nur bedingte oder künftige Hauptschuld voraus, so daß die Bürgschaft selber ungültig ist, falls die Hauptschuld (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners)[4]) garnicht gültig zustande gekommen oder z. B. durch Erfüllung bezw. durch deren Surrogate (oben S. 371) oder z. B. durch Verjährung[5]) getilgt worden ist (wofür die Beweislast den Bürgen trifft).[6])

Die accessorische Natur der Bürgschaft zeigt sich auch in der Abhängigkeit der Verpflichtung des Bürgen vom jeweiligen Bestande der Hauptschuld[7]) (§ 767 I): eine Abhängigkeit, welche zwar Änderungen und Erweiterungen der Hauptschuld durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners, nicht jedoch die von diesem nach Zustandekommen der Bürgschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte[8]) umfaßt. Während das BGB. mittels seines Stillschweigens es der Lage des Falles überläßt, ob der Bürge auch für Vertragszinsen und Konventionalstrafe hafte,[9]) macht es ihn auch gegenüber einer vom Hauptschuldner nicht verschuldeten Kündigung[10]) und Klage[11]) für die Kosten verantwortlich (§ 767 II).

Ferner ergibt sich aus der accessorischen Natur der Bürgschaft die Befugnis, alle Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen

---

[1]) Vgl. Reichstagskommissionsber. S. 1983.

[2]) Diese Formvorschrift entfällt bei Bürgschaften der Kaufleute (HGB. vom 10. Mai 1897 § 350) und beim Kreditauftrag (§ 778).

[3]) Hierunter fallen (Mot. II S. 659) „Kreditbürgschaft und Personalkaution in Amts- und Dienstverhältnissen."

[4]) Vgl. Mot. II S. 662/663.

[5]) Vgl. Mot. II S. 663.

[6]) Vgl. Mot. II S. 659.

[7]) Ebenso Sächs. BGB. § 1456, während ALR. I, 14 §§ 258–276 viele Auslegungsvorschriften gibt.

[8]) Ebenso ALR. I, 14 § 330, Sächs. BGB. § 1460.

[9]) Vgl. Mot. II S. 666.

[10]) Dies seit der II. Lesung (vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 850) ebenso wie nach § 1210 II.

[11]) Vgl. Sächs. BGB. § 1456.

Digitized by Google

(§ 768 I Satz 1), selbst die höchstpersönlichen,[1]) und auch solche, auf welche der Hauptschuldner[2]) nachträglich verzichtet hat (§ 768 I). Nur auf das beneficium inventarii, welches sich der Erbe des Hauptschuldners gesichert hat,[3]) darf sich der Bürge nicht berufen (§ 768 I Satz 2), da[4]) dieses ja in der Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners seine Basis hat und gerade diese Unzulänglichkeit wiederum den Grund für die Bürgschaft selber bildet. — Auch ein Anfechtungs- und Kompensationsrecht[5]) des Hauptschuldners kann (§ 770) der Bürge geltend machen; beides setzt natürlich voraus, daß diese Rechtsbehelfe nicht bereits durch Zeitablauf untergegangen sind, und die Kompensation ex iure debitoris setzt ferner eine fällige Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger voraus. — Das gleiche Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, hat der Bürge vor allem aber, bis die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht worden ist (§ 771).

Es ist ihm also das wichtige beneficium excussionis (die Einrede der Vorausklage) wie im geltenden Recht bewilligt worden; dagegen ist bei Verbürgung mehrerer Personen — die dann, selbst bei ungleichzeitiger Bürgschaftsübernahme und trotz gegenteiliger Auffassung, dem Gläubiger[6]) als Gesamtschuldner haften, vgl. oben S. 391 — das beneficium divisionis nicht anerkannt (§ 769).[7])

Das beneficium excussionis entspricht einem zweiten, neben der accessorischen Natur der Bürgschaft obwaltenden Prinzipe: dem ihrer Subsidiarität,[8]) und findet sich, abgesehen vom Handels-

[1]) Wegen dieser anders ALR. I, 14 §§ 281 ff., code civil art. 2036.

[2]) Ein Verzicht des Bürgen selber ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Vgl. Mot. II S. 662.

[3]) Vgl. einstweilen BGB. §§ 1994 Abs. I. — Ebenso im Falle des § 1975 (Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs). — Vgl. ferner Konkurs-Ordnung § 178 (und dazu auch Reichstagsvorlage Nr. 46).

[4]) Vgl. Denkschrift S. 137.

[5]) Hierzu vergl. ebenso ALR. I, 16 § 328.

[6]) Unter einander haben sie das Regreßrecht des § 426 II.

[7]) Ebenso ALR. I, 14 §§ 373 f., 378, Sächs. BGB. §§ 1458, 1024. Anders das gemeine Recht (Windscheid § 479 S. 728 Anm. 2) und der code civil art. 2026 f.

[8]) Mot. II S. 667.

Digitized by Google

recht,[1]) in allen geltenden Rechtssystemen;[2]) einen Grund zur Hemmung der Verjährung bildet es keineswegs (§ 202 II, oben S. 298). — Das beneficium (einredeweise) geltend zu machen, ist Sache des Bürgen selber,[3]) während der Gläubiger (im Wege der Replik) behaupten und beweisen mag, daß er gegen den Hauptschuldner zwar vorgegangen sei, aber erfolglos.[4])

Doch ist dieses beneficium excussionis in einer Reihe von praktisch sehr wichtigen Fällen durch § 773 und zwar teils (nach § 773 I Nr. 1 und 2) unbedingt, teils (nach § 773 I Nr. 3 und 4, II) im allgemeinen ausgeschlossen. Von diesen Fällen, die im wesentlichen dem älteren Recht entsprechen, gibt Nr. 1 nur zu der Bemerkung Anlaß,[5]) daß die selbstschuldnerische Bürgschaft von der gewöhnlichen Bürgschaft einzig und allein in diesem Verzichte auf die Einrede der Vorausklage abweicht;[6]) Nr. 2 umfaßt mit dem Ausdrucke „Rechtsverfolgung" auch die Realisierung eines Mobiliarpfandrechts.[7]) Zu Nr. 3 und Nr. 4 wird in § 773 II eine Ausnahme gemacht und die exceptio excussionis zugelassen, sofern der Gläubiger sich durch ein Pfand- oder Retentionsrecht zu befriedigen vermag. — Für diesen Fall wird auf § 772 Bezug genommen, welcher über die Durchführung des Vollstreckungsversuches genauere Vorschriften[8]) erteilt, indem er sagt, daß vor Inanspruch-

[1]) HGB. Art. 281 (neue Fassung § 349). Für Kaufleute minderen Rechts (HGB. § 4) bleibt es aber (vgl. HGB. § 351) bei dem beneficium excussionis.

[2]) Wegen des gemeinen Rechts Windscheid § 478 S. 724 Anm. 1. Ferner ALR. I, 14, § 283, Sächs. BGB. § 1461, code civil art. 2021 ff.

[3]) Mot. II S. 669. Anders ALR. I, 14 § 283, wonach der Gläubiger bereits zur Klagebegründung behaupten muß, daß er erfolglos vorgegangen sei.

[4]) Mot. a. a. O., Endemann S. 864/65 und Meisner S. 252 sub. 2. Anderer Ansicht Schollmeyer S. 86 f. Anm. 2 und Fischer-Henle S. 301 oben.

[5]) Vgl. zu Nr. 1 Windscheid § 478 S. 726, ALR. I, 14 §§ 297, 307, Sächs. BGB. § 1462, code civil art. 2021; zu Nr. 2 als Vorläufer ALR. I, 14 § 298 und Sächs. BGB. a. a. O.; zu Nr. 3 Windscheid a. a. O. Anm. 4, ALR. I, 14 §§ 300 ff., Sächs. BGB. a. a. O.; zu Nr. 4 ALR. I, 14 §§ 284 f., 294 f., Sächs. BGB. a. a. O.

[6]) Vgl. Mot. II S. 670.

[7]) Vgl. §§ 1228 ff. und Kommissionsprot. nach Haiblen S. 857.

[8]) Aber nicht so genaue wie z. B. ALR. I, 14 §§ 284—296.

Digitized by Google

nahme des Bürgen erst (Abs. II) versucht werden soll, durch ein derartiges Pfand- oder Retentionsrecht Befriedigung zu erlangen, und daß in jedem Falle (Abs. I) zunächst die Zwangsvollstreckung versucht werden muß, bei Geldforderungen im besondern allerdings nur in das Mobiliarvermögen des Hauptschuldners.

Während nun der Bürge ferner im gemeinen Recht[1]) auch ein beneficium cedendarum actionum genoß, so ist dieses im neueren Recht[2]) und im Anschluß daran vom BGB. (§ 774 I) zu einem gesetzlichen Übergange (cessio legis) der Forderung auf den Bürgen erweitert worden, wenn und soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat. Dieser Übergang umschließt zugleich alle diejenigen Nebenansprüche, welche auch die vertragsmäßige Cession umschließt (vgl. §§ 412, 401 ff., oben S. 385), kann aber eine Einschränkung, eventuell jedoch auch eine Erweiterung erfahren durch das zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehende Rechtsverhältnis; so z. B. durch den Umstand, daß die Bürgschaft donandi animo oder andererseits kraft Mandates übernommen worden ist.[3]) Dieselben Umstände können dem Bürgen auch[4]) ein von dem generell vorgesehenen Übergange der Forderung unabhängiges Regreßrecht gewähren oder entziehen; dieses kann ihm aber auch durch sein Verschulden verloren gehen, z. B.[5]) indem er es versäumt, eine ihm ex persona des Hauptschuldners zustehende Einrede gegen den Gläubiger geltend zu machen.[6])

Von seiner Bürgschaftspflicht erlangt der Bürge Befreiung teils ipso jure (§§ 776 ff.), teils mittels eines Anspruches auf Befreiung (§ 775). Letzteren (bezw. im Falle des § 775 II[7]) den

[1]) Vgl. Windscheid § 481 S. 733 Anm. 8. Ebenso das Sächs. BGB. § 955.

[2]) Vgl. ALR. I, 14 § 338, code civil art. 2029.

[3]) Vgl. zu BGB. § 774 I Satz 3 auch Mot. II S. 674/675.

[4]) Vgl. Mot. II S. 672/673.

[5]) Mot. II S. 676.

[6]) Ueber eine Pflicht des Bürgen, den Hauptschuldner vor bezw. nach der Zahlung an den Gläubiger zu benachrichtigen (vgl. l. 29 § 2 Dig. mandati 17, 1, ALR. I, 14 §§ 342 ff., Sächs. BGB. §§ 1472 f., code civil art. 2031) schweigt das BGB., die Entscheidung der Lage des Einzelfalles überlassend.

[7]) Zu § 775 II vgl. § 257 Satz 2 (oben S. 328).

Digitized by Google

Anspruch auf Sicherheitsleistung) kann, — entgegen dem gemeinen, preußischen und französischen Recht[1]) — der Bürge nicht unbedingt (d. h. bei Vorhandensein der Rechtfertigungsgründe nicht in jedem Fall der Bürgschaft lediglich wegen Ablaufes der Zahlungsfrist) geltend machen, sondern[2]) nur (§ 775 I) — wie im sächsischem Recht[3]) — wenn zwischen Bürgen und Hauptschuldner ein dazu geeignetes obligatorisches Rechtsverhältnis vorliegt (ein Auftrag oder eine nach den Regeln des Auftrags zu beurteilende[4]) auftraglose Geschäftsführung). — Die gänzliche Befreiung[5]) des Bürgen tritt durch Ablauf der für die Bürgschaftsübernahme verabredeten Zeit ein (§ 777),[6]) wenn ihn der Gläubiger nicht während dieser Zeit belangt oder ihm wenigstens nach deren Ablauf unverzüglich[7]) anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme; diese Frist für die Inanspruchnahme des Bürgen verlängert sich jedoch (§ 777 I Satz 1), wenn der Bürge in der Lage ist, das beneficium excussionis geltend zu machen, indem alsdann die unverzügliche Anzeige erst nach fruchtlosem Ausfalle des unverzüglichen Versuches der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner zu erstatten ist.[8]) — Aber auch unabhängig von solcher Befristung der Bürgschaft wird der Bürge frei (§ 776), wenn der Gläubiger gewisse Sicherheiten aufgibt, welche für die Hauptschuld bestehen und aus denen der Bürge mittels seines gesetzlichen Eintritts in die Hauptschuld (§ 774, oben S. 498) Ersatz erwarten konnte. Im übrigen gelten wegen eines Verschuldens des

---

[1]) Windscheid § 480 S. 732; ALR. I, 14 §§ 356 ff., 369; code civil art. 2032.

[2]) Abgesehen von besonderer diesbezüglicher Abrede; vgl. Mot. S. 676, 677.

[3]) Sächs. BGB. § 1470.

[4]) Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 683 Satz 1 und 2 (§ 679) oder § 684 Satz 2 (oben S. 473) gegeben sind.

[5]) Durch „Konfusion" geht die Bürgschaft nur unter bei Vereinigung von Bürgschaftsschuld und Hauptforderung in einer Person, nicht (vgl. Mot. II S. 678), wenn der Bürge den Hauptschuldner beerbt oder umgekehrt.

[6]) Vgl. hierzu ALR. I, 14 § 320 und Sächs. BGB. § 1467.

[7]) ALR. a. a. O. und Sächs. BGB. a. a. O. bestimmen hier positive Fristen von 3 bezw. 30 Tagen.

[8]) In beiden Fällen richtet sich (§ 777 II) die Haftung des Bürgen nach dem Umfange, welchen die Hauptschuld im Augenblicke der Anzeige hat.

Digitized by Google

Gläubigers die allgemeinen Grundsätze[1]) und so auch für die Frage,[2]) ob er dem Hauptschuldner eine Nachfrist bewilligen darf.

Der in § 778 erwähnte Kreditauftrag (mandatum qualificatum) ist ein Rechtsverhältnis, bei welchem man zwischen der Anwendbarkeit der Grundsätze von der Bürgschaft und derjenigen vom Mandat schwanken kann. Nach dem BGB. ist das Rechtsverhältnis zunächst als Mandat, von der wirklichen Kreditgewährung ab jedoch als Bürgschaft zu betrachten.[3]) — Unerwähnt bleiben im Gesetze dagegen Nachbürgschaft (Afterbürgschaft, für die Erfüllung der vom Bürgen übernommenen Bürgschaftspflicht) und Rückbürgschaft (für die Regreßansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner). Auf beide Rechtsverhältnisse sind daher die Vorschriften von der Bürgschaft analog anzuwenden.[4]) — Betreffs der Mitbürgschaft[5]) erfahren wir, daß die Mitbürgen nach außen und nach innen als Gesamtschuldner zu betrachten sind (§§ 769 und 774 II).[6])

Neunzehnter Titel. § 125. Der Vergleich.

Wie beim Erlaß (§ 397, oben S. 382), so frappiert[7]) beim Vergleiche (Titel XIX § 779) die lakonische Kürze der Gesetzesvorschriften. Das BGB. beschränkt sich darauf, den Begriff des Vergleiches zu definieren und die Voraussetzungen seiner Unwirksamkeit (Nichtigkeit) festzustellen.

Ein Vergleich ist derjenige Vertrag, durch welchen die Parteien im Wege gegenseitigen Nachgebens den Streit über ein Rechtsverhältnis oder dessen Ungewißheit — einschließlich der Unsicherheit der Anspruchsverwirklichung, § 779 II, z. B. wegen schwacher Zahlungsfähigkeit des Schuldners — beseitigen. Welcher Art das

[1]) Sondervorschriften enthielten ALR. I, 14 §§ 328, 331 ff., Sächs. BGB. § 1466, code civil art. 2037.

[2]) Vgl. dazu Mot. II S. 680, ALR. I, 14 §§ 316 f., Sächs. BGB. § 1466, code civil art. 2039.

[3]) Vgl. ebenso für das gemeine Recht Dernburg II § 77 S. 211; ferner Sächs. BGB. § 1476. Anders, insbesondere wegen seiner Formvorschriften ALR. I, 14 §§ 213 ff.

[4]) Vgl. Mot. II S. 672 (und 678) und S. 676.

[5]) Sie wird auch in § 776 Satz 1 (oben S. 499) erwähnt.

[6]) Und dazu § 426, oben S. 393.

[7]) Vgl. auch noch §§ 89 und 515 (oben S. 155 und S. 420).

Digitized by Google

Rechtsverhältnis sei, ob es insbesondere dem Obligationenrecht oder[1]) dem Sachen-, Familien- oder Erbrecht[2]) oder dem Allgemeinen Teil des Gesetzbuchs[3]) angehört, ist gleichgültig. Ob ein Vergleich über die kriminellen[4]) Folgen einer strafbaren Handlung, insbesondere auch über den Strafantrag,[5]) statthaft ist, richtet sich[6]) lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen[7]) über Nichtigkeit gesetz- oder moralwidriger Abreden; danach würde z. B. der Vertrag nichtig sein, mittels dessen die Eltern eines verführten unbescholtenen Mädchens unter 16 Jahren[8]) gegen eine Geldabfindung auf ihr Antragsrecht verzichten, nicht aber[9]) der Vertrag, mittels dessen der Geohrfeigte auf die Anzeige der Beleidigung[10]) zu verzichten verspricht, sofern der Beleidiger 10 Mark in die Armenkasse zahlt. —

Ein gegenseitiges Nachgeben liegt auch in der Annahme bezw. Übernahme einer andern als der an sich geschuldeten Leistung; wenn aber nur ein Teil nachgibt, so ist kein Vergleich, sondern ein Erlaßvertrag (§ 397, oben S. 382) vorhanden. — Im Gegensatze zu den älteren Gesetzgebungen[11]) stellt das BGB. keine Auslegungsvorschriften über den Inhalt und Umfang des Vergleiches auf.[12])

---

[1]) Vgl. auch Mot. II S. 649 bis 650.

[2]) Z. B. ein Eigentumsanspruch, ein Alimentenanspruch, ein Pflichtteilsanspruch oder der Anspruch aus einem noch nicht eröffneten Testamente. Vgl. ALR. I, 16 §§ 412 ff., 442 f. Eventuell greift BGB. § 312 (oben S. 352) Platz.

[3]) Z. B. das Namenrecht des § 12 (oben S. 122 ff.) oder ein Mitgliedschaftsrecht eines Vereinsmitgliedes (§§ 32 ff., oben S. 168).

[4]) Die civilrechtlichen Folgen kriminell rügbarer Handlungen (§§ 823 ff.) können selbstverständlich den Gegenstand eines Vergleiches bilden. Vgl. auch ALR. I, 16 § 415, Sächs. BGB. § 1410, code civil art. 2046.

[5]) Vgl. Mot. II S. 652/653. Vgl. dazu ALR. I, 16 § 416.

[6]) Ebenso schweigt BGB. wegen der Vergleiche über rechtskräftig festgestellte Ansprüche (ALR. I, 16 §§ 408 ff., code civil art. 2056), Mot. II S 656.

[7]) BGB. §§ 134, 138, 306—309 (oben S. 250 ff. und 350 f.).

[8]) Strafgesetzbuch § 182 (Abs. II).

[9]) Vgl. Meisner S. 258 Anm. 2.

[10]) Strafgesetzbuch § 185 (eventuell § 223) und § 194 (§ 232 I).

[11]) Vgl. ALR. I, 16 §§ 427 f., 436 f., Sächs. BGB. § 1414, code civil art. 2057 und auch l. 12 Dig. de transact. 2, 15.

[12]) Ansprüche, welche erst nach Abschluß des Vergleiches entstehen, wird er nicht umfassen, wohl aber möglichenfalls Ansprüche, die erst später den Berechtigten bekannt werden; vgl. Mot. II S. 853.

Digitized by Google

Daß das BGB. eine Definition des Begriffes Vergleich bietet, ist insofern durchaus angebracht,[1]) als sowohl das BGB.[2]) selber auch sonst, wie andere Gesetze, insbesondere die Civilprozeßordnung,[3]) mit diesem materiellrechtlichen Begriffe vielfach operieren.

Die Unwirksamkeit des Vergleiches muß sich auf einem in § 779 I a. E. genauer erörterten und abgegrenzten Irrtum aufbauen.

Zwanzigster Titel. § 126. Das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis.

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (Titel XX §§ 780—782) haben wir als „abstrakte Rechtsgeschäfte" bereits (oben S. 382) kennen gelernt. Sie haben sich[4]) als selbständige, von der zu Grunde liegenden materiellen causa debendi unabhängige Verpflichtungsgründe dem Verkehrsbedürfnisse entsprechend allmählich Eingang in die Theorie[5]) und in die Kodifikationen[6]) zu verschaffen gewußt; die Verkehrssicherheit ließ es aber gerechtfertigt erscheinen, beide Verpflichtungsgründe von Schriftform abhängig zu machen (§§ 780, 781 Satz 1), damit der Wille bindender Feststellung unzweifelhaft ersichtlich sei. Dieses Bedürfnis und Erfordernis der Schriftform entfällt aber (§ 782), wenn dem Schuldversprechen oder -anerkenntnis ein Vergleich oder eine Abrechnung zu Grunde liegt; denn[7]) hier erhellt der Verpflichtungswille ohne weiteres aus dem Zwecke der Erklärung. — Dagegen ist aber einfache Schriftform nicht genügend (§ 780, 781 Satz 2), wenn das Gesetz aus anderen Gründen eine strengere Form vorschreibt: sonst könnten ja[8]) gerade Schuldversprechen und -anerkenntnis zur Gesetzesumgehung dienen; ein Schenkungsversprechen, welches in die Form des Schuldanerkenntnisses gekleidet werden soll, müßte

[1]) Vgl. Mot. II S. 650.

[2]) BGB. § 782 (unten im § 126), § 218 I Satz 2 (oben S. 294), § 1822 Nr. 12. Vgl. auch § 1714 I.

[3]) CPO. §§ 77, 79 I, 93, 146 II Nr. 1, 471 II, 702 Nr. 1 und 2.

[4]) Vgl. Denkschrift S. 138, Kommissionsprot. nach Haidlen S. 871 f.

[5]) Epochemachend wirkte bekanntlich die Schrift von Otto Baehr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Kassel und Göttingen 1855 (2. Aufl. 1867, 3. Aufl. 1894).

[6]) Vgl. Sächs. BGB. §§ 1397 f., HGB. Art. 301. Anders nach code civil art. 1108, 1131 ff., 1337. Kontrovers für das preußische und gemeine Recht. Vgl. Mot. II S. 689 Anm. 1.

[7]) Vgl. Denkschrift S. 139.

[8]) Denkschrift a. a. O.

Digitized by Google

also gerichtlich oder notariell beurkundet werden[1]) (§ 518 I Satz 2, oben S. 422).

Soweit Formvorschriften Platz greifen, gelten diese aber lediglich betreffs des Schuldversprechens bezw. -anerkenntnisses selber, nicht betreffs seiner Annahme durch den Gläubiger.[2])

Obgleich Schuldversprechen und -anerkenntnis als sog. causae indiscretae von der Angabe des wahren dahinterliegenden Verpflichtungsgrundes unabhängig sind und obgleich sie insofern Ähnlichkeit mit dem Wechsel[3]) aufweisen, sind doch gegenüber diesem viele Unterschiede zu finden; insbesondere dahin, daß das Schuldversprechen und -anerkenntnis als solches den Aussteller nur bindet und nur dann so gefährlich wirkt wie der Wechsel, wenn „das Versprechen die Verpflichtung selbstständig begründen soll" (§ 780).[4])

Der ursprüngliche Verpflichtungswille wirkt übrigens insofern nach, als[5]) sein gänzlicher Mangel nach § 812 II zur condictio indebiti (und mithin zur Weigerung der Erfüllung, sowie zu dem Anspruche auf Befreiung von der Verbindlichkeit und Herausgabe der Urkunde) berechtigt, wenn der Schuldner den Mangel des Verpflichtungsgrundes zu beweisen vermag.[6])

Das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis können auch von einer Gegenleistung des Gläubigers abhängig gemacht werden;[7]) sie werden sich zumeist, müssen sich aber nicht durchaus auf eine Geldleistung richten;[8]) andere als obligatorische Rechtsverhältnisse auf seiten des Schuldners faßt das Gesetz nicht ins Auge.

---

[1]) Vgl. § 518 I Satz 1 (oben S. 421/422).

[2]) Mot. II S. 692, aber andererseits § 518 I Satz 2.

[3]) Vgl. Meisner S. 261.

[4]) Diese Absicht wird aber keineswegs vermutet, über ihr Vorhandensein hat vielmehr der Richter unter freier Beweiswürdigung zu befinden; auch verliert (vgl. Meisner S. 261) der Schuldner, falls die abstrakte Obligation abgetreten wird, nicht etwa, wie beim Wechsel gegenüber gutgläubigen Dritten, die Einreden gegen den ersten Gläubiger.

[5]) Vgl. Denkschrift S. 139, Kommissionsprot. nach Haidlen S. 872 a. E.

[6]) Vgl. wegen der Beweislast auch Endemann S. 874 Anm. 4.

[7]) Vgl. Meisner S. 262 Anm. 2.

[8]) Vgl. Mot. II S. 692.

Digitized by Google

Der Schuldanerkenntnisvertrag darf natürlich nicht verwechselt werden mit dem uns bereits aus BGB. § 397 II (oben S. 382) bekannten negativen Schuldanerkenntnisvertrage.

Um eine abstrakte Verpflichtung einzugehen, kann sich der Schuldner außer der Form des Schuldversprechens oder des (zumeist mittels sog. „Schuldscheins" gegebenen) Schuldanerkenntnisses übrigens auch je nach der Sachlage der Ausstellung eines Wechsels, einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff., unten S. 508 ff.), eventuell auch einer Grundschuld[1]) oder eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines[2]) bedienen.

Einundzwanzigster Titel. § 127. Die Anweisung.

Wie das Schuldversprechen und -anerkenntnis, so entspricht auch die Anweisung (Titel 21 §§ 783—792) den, insbesondere durch das Handelsrecht vermittelten, Bedürfnissen des modernen Rechtslebens und hat im römischen Recht nur schwache Anknüpfungspunkte.[3]) Gleich jenen setzt sie Schriftform — eine „Urkunde": § 783 — voraus[4]) und ist von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse unabhängig. Denn gleichgültig ist es,[5]) welche Umstände den Zweck und Grund der Anweisung bilden: ob sie zur Tilgung einer Schuld des Anweisenden (A: Assignant) an den Anweisungsempfänger (B: Assignatar) dienen soll[6]) oder[7]) erst (wie beim „Kreditbrief") zur Begründung einer Schuld des Anweisungsempfängers (B) an den Anweisenden (A) oder ob sie aus reiner Liberalität des letzteren oder zur Einziehung (und Verwendung bezw. Auslieferung) des Betrages in seinem Interesse erfolgte. Ferner ist es, was den Angewiesenen (C: Assignat) betrifft, gleichgültig, ob eine „Anweisung auf Schuld" oder eine „Anweisung

[1]) Mot. II S. 691.

[2]) Vgl. HGB. Art. 301 (neue Fassung § 363 I Satz 2).

[3]) Vgl. auch Endemann S. 875 Anm. 1.

[4]) Aber auch bei blos mündlicher Anweisung (etwa bei gleichzeitiger Anwesenheit des Angewiesenen und des Anweisungsempfängers) können (Mot. II S. 558/9) die meisten Vorschriften des Tit. XXI Anwendung finden und kommen wohl nur §§ 784, 785, 790 in Fortfall.

[5]) Vgl. Denkschrift S. 140 und Mot. II S. 556 ff.

[6]) Von diesem Falle nimmt ALR. I, 16 §§ 251 f. den Ausgang.

[7]) Vgl. ALR. I, 16 §§ 298 f.

Digitized by Google

auf Kredit" stattfinden soll, d. h. ob C bereits Schuldner des Anweisenden A war oder nicht.[1]) — Ebenso wie das BGB. über diese Veranlassung der Anweisung im allgemeinen schweigt (vgl. nur wegen § 787 f. weiter unten), so nimmt es auch nicht — oder doch nur mittelbar und zwar in verneinendem Sinne durch § 791, unten S. 507 — Stellung zu der theoretischen Konstruktionsfrage, ob die Anweisung etwa zu betrachten sei[2]) als Doppelmandat des Anweisenden, nämlich als Inkassomandat des Anweisenden (A) an den Anweisungsempfänger (B) und als Zahlungsmandat des Anweisenden (A) an den Angewiesenen (C).

Wegen des Gegenstandes, welchen die Anweisung betreffen kann, beschränkt sich das BGB. (§ 783) im Gegensatze zum HGB.[3]) auf den im Verkehr die Regel bildenden Fall, daß sich die Anweisung auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen (oben S. 181 ff.) bezieht.

Die Wirkung der Anweisung äußert sich (§ 783) nur in der Ermächtigung (nicht[4]) in dem Auftrage) des Anweisungsempfängers zur Erhebung der Leistung in eigenem Namen und des Angewiesenen zur Leistung für Rechnung des Anweisenden.

Die Anweisung verpflichtet den Angewiesenen jedoch nur, wenn er sie angenommen hat (§ 784 I a. A.), wozu er aber an sich[5]) keineswegs genötigt ist, selbst als Schuldner des Anweisenden (§ 787 II). Die Annahme begründet eine neue, abstrakte Verbindlichkeit,[6]) gegenüber welcher die Einreden nur in sehr beschränktem Maße

---

[1]) Vgl. ALR. I, 16 § 259.

[2]) Vgl. Mot. II S. 555. Gegen eine derartige Konstruktion wird sich nichts einwenden lassen; vgl. auch Endemann S. 876 Anm. 5. Auch die Bemerkung der Mot. II S. 566 a. E. darf nicht gegen die Natur der Anweisung als Doppelmandat herangezogen werden, da ja auch der Auftrag (nach § 672 Satz 1, oben S. 468) im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers erlischt, also seine gemeinrechtliche Natur wesentlich verändert hat.

[3]) HGB. ältere Fassung Art. 300; vgl. aber auch Art. 301 I (neue Fassung § 363 I).

[4]) Oder nur etwa wegen des dahinter stehenden Auftragsverhältnisses aus eben diesem Verhältnisse.

[5]) Höchstens aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. — Anders ALR. I, 16 §§ 256 f.

[6]) Vgl. ALR. I, 16 § 259, Sächs. BGB. § 1328.

Digitized by Google

(§ 784 I a. E.) zulässig sind.[1]) Darum ist[2]) die Annahme der Anweisung nicht blos wie das Schuldversprechen und -anerkenntnis (oben S. 502) an Schriftform geknüpft, sondern sogar an einen schriftlichen Annahmevermerk auf der Anweisung selbst, der übrigens, wenn er schon vor Aushändigung der Anweisung an deren Empfänger gegeben worden ist, seine verpflichtende Kraft erst mit der wirklichen Aushändigung erhält (§ 784 II).

Die Annahmeverweigerung des Angewiesenen verpflichtet (§ 789 Satz 1) den Anweisungsempfänger (bei Haftung für Schadensersatz wegen Verschuldens)[3]) zu unverzüglicher Anzeige an den Anweisenden,[4]) der nun seine Rechte gegen den Angewiesenen zur Geltung bringen mag. — Der Anweisende selber ist zum Widerruf (durch Erklärung gegenüber dem Assignatar) nur[5]) solange befugt, bis der Angewiesene die Annahmeerklärung abgegeben (oder gar die Leistung an den Assignatar vorgenommen) hat (§ 790 Satz 1); der Angewiesene selbst kann und muß (§ 790 Satz 2) einen solchen Widerruf auch dann respektieren, wenn dieser durch das zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger bestehende Rechtsverhältnis[6]) ausgeschlossen ist. — Der Anweisungsempfänger darf die Anweisung dem Anweisenden nur dann zurückgeben, wenn diese Befugnis sich aus den zwischen beiden vorliegenden Rechtsbeziehungen sonst ergibt.[7])

Seiner durch den schriftlichen Accept wirklich zustandegekommenen Verpflichtung zu genügen, ist der Angewiesene aber nur binnen der kurzen Verjährungsfrist von drei Jahren[8]) nach

---

[1]) Diese Vorschrift ist zu Gunsten des Anweisungsempfängers erfolgt, weil nämlich der Anweisung gewöhnlich Rechtsbeziehungen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen zu Grunde liegen, von denen der Anweisungsempfänger vielleicht nie erfährt.

[2]) Ueber die Kontroversen und Verschiedenheiten des geltenden Rechts vgl. Mot. II S. 559 f.

[3]) Vgl. Mot. II S. 565.

[4]) Vgl. zu § 789 auch ALR. I, 16 §§ 280, 283, 284.

[5]) Vgl. ebenso ALR. I, 16 § 275, Sächs. BGB. § 1330.

[6]) Z. B. weil der Mieter dem Hauswirte seinen Untermieter angewiesen und der Hauswirt diese Anweisung als Erfüllung der Mietszinsverbindlichkeit acceptiert hat.

[7]) Vgl. Mot. II S. 565. Das BGB. selbst schweigt daher über diesen Punkt.

[8]) Vgl. Wechsel-Ordnung Art. 77. — Das Gesetz (II. Lesung) wollte die

Digitized by Google

Aushändigung der Anweisung an den Assignatar[1]) verpflichtet (§ 786) und ferner — um gegen doppelte Inanspruchnahme gesichert zu sein und einen Ausweis über seine Legitimation zur Leistung bezw. über die Legitimation des Assignatars zur Empfangnahme zu besitzen[2]) — nur gegen Aushändigung der Anweisung (§ 785).

Weigert der Angewiesene trotz stattgehabter Annahme die Leistung, so greift auch hier mit Rücksicht auf die bona fides die Anzeigepflicht des Assignatars (oben S. 506) Platz und ebenso, wenn dieser von der Anweisung (z. B. der Kreditanweisung) nicht Gebrauch machen will (§ 789).[3])

Erfüllt der Angewiesene die übernommene Verbindlichkeit — wozu er an sich und selbst als Schuldner des Anweisenden trotz der Annahme ebensowenig verpflichtet ist, wie zur Annahme selbst, § 787 II, oben S. 505 —, so befreit er sich dadurch unter Umständen zugleich von einer anderen Verbindlichkeit, nämlich von der gegenüber dem Anweisenden bestehenden, falls es sich um wirkliche Anweisung auf Schuld (vgl. oben S. 504 a. E.) im besondern handelt (§ 787 I), nicht etwa überhaupt blos[4]) um Vorhandensein eines Schuldverhältnisses zwischen Anweisendem und Angewiesenem. — Andernfalls kann eine „Revalierungsklage" zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen begründet sein.[5]) —

Wie bei der Vertragsofferte[6]) (§ 153, oben S. 266), so ist auch bei der Anweisung Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit[7]) einer der beteiligten drei Personen indifferent (§ 791), gleichviel ob die Anweisung bereits angenommen war oder nicht.

---

mit der Assignation verbundenen Gefahren durch diese auf schnelle Abwickelung der Schuldverpflichtung gerichtete Maßregel abschwächen (Kommissionsprot. nach Haidlen S. 882).

[1]) Ueber den Beginn der Verjährungsfrist vgl. gleichfalls Kommissionsprot. a. a. O.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 881.

[3]) Hierzu ist er im allgemeinen nicht verpflichtet. Vgl. Mot. II S. 565 und Denkschrift S. 142.

[4]) Mot. II S. 562. Vgl. BGB. § 362 II (oben S. 372).

[5]) Vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 883 oben.

[6]) Vgl. auch HGB. Art. 297, sowie wegen des Auftrages BGB. § 672 Satz 1 (oben S. 468 und auch S. 505 Anm. 2), andererseits aber § 673 Satz 1 (oben S. 469).

[7]) Ueber den Einfluß des Konkurses schweigt BGB.

Digitized by Google

Die Vorschriften des Gesetzbuchs (§ 792) über die prinzipielle Zulässigkeit und den ausdrücklichen Ausschluß einer Weiterübertragung der Anweisung vor bezw. nach ihrer Annahme bedürfen nicht der genaueren Interpretation.

Zweiundzwanzigster Titel. § 128. Die Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Der ziemlich umfangreiche Titel XXII[1]) (§§ 793—808) beschäftigt sich mit den im gegenwärtigen Verkehr[2]) so zahlreichen und wichtigen Schuldverschreibungen auf den Inhaber, d. h. solchen Schuldverschreibungen (§ 793), mittels welcher der Aussteller der Urkunde sich verpflichtet, an den Inhaber eine Leistung vorzunehmen. Diese Schuldverschreibungen gehören zwar zu den Inhaberpapieren im weiteren Sinne, unter diese fallen aber auch zahlreiche vom BGB. nicht behandelte Papiere; so[3]) zunächst diejenigen, welche nicht ein Leistungsversprechen enthalten, sondern welche nur (wie z. B. die Aktien) über Gesellschaftsanteile ausgestellt worden sind. Einige Sonderbestimmungen kommen in Betracht wegen derjenigen Schuldverschreibungen, welche auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sind (§ 795), wegen der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine (§§ 803 ff.), wegen der sog. Legitimationspapiere, wie Theater- und Eisenbahnbillets (§ 807), und wegen der qualifizierten Legitimationspapiere, wie Sparkassenbücher, Pfandhausscheine (§ 808). Auch bleiben die reichsrechtlichen Vorschriften über Ausgabe von Banknoten, Kassenscheinen u. s. w. durch Banken (insbesondere durch die Reichsbank) und über die Ausgabe von Inhaberpapieren mit Prämien zum Zwecke einer Staatsanleihe unberührt.[4]) — Unter die Vorschriften des BGB. fallen u. a. auch die „Pfandbriefe" der Bodenkreditanstalten und die auf den Inhaber gestellten Lebensversicherungspolicen, sowie Lotterielose; aber auch für diese kommen manche auf öffentlichrechtlicher Basis beruhende Vorschriften des Reichs- bezw. Parti-

[1]) Für die Uebergangszeit vgl. EBGB. Art. 174—178.

[2]) Die älteren Gesetzgebungen bieten nur wenige einschlägige Bestimmungen. Vgl. ALR. I, 11 §§ 401, 653; I, 15 § 47; I, 16 § 28 (I, 12 §§ 414 f.); eingehender Sächs. BGB. §§ 1039 ff., 296 f.

[3]) Mot. II S. 694.

[4]) Mot. II S. 695.

Digitized by Google

kularrechts in Betracht. Mit diesen Fragen konnte sich ein bürgerliches Gesetzbuch nicht beschäftigen,[1]) aber auch mit den privatrechtlichen Fragen des Eigentums, des Pfandrechts und des Nießbrauchs oder anderer dinglicher Rechte an den Schuldverschreibungen auf den Inhaber beschäftigt sich das BGB. — an dieser Stelle wenigstens[2]) — nicht, sondern nur[3]) mit den aus den Schuldverschreibungen entspringenden *Verpflichtungen des Ausstellers gegen den Inhaber*.

Diese Verpflichtungen werden dem Verkehrsbedürfnisse entsprechend und im Interesse des Erwerbers von der sogenannten *Kreationstheorie* beherrscht,[4]) indem allein die Ausstellung der Urkunde ohne hinzukommende „Begebung" genügt[5]) (§ 793 I Satz 1), und der Aussteller (wenigstens gegenüber einem redlichen Erwerber)[6]) selbst dann haftet, wenn ihm die Urkunde gestohlen wurde, verloren ging oder sonst ohne seinen Willen (z. B. vorzeitig durch die Ehefrau) in den Verkehr gebracht wurde (§ 794 I); der Aussteller bezw. seine Erben haften darum auch (§ 794 II), wenn er zwischen Ausstellung und Begebung geschäftsunfähig wurde oder starb.

Der Erwerber ist dementsprechend nicht verpflichtet, die ordnungsmäßige Ausgabe des Papiers zu prüfen;[7]) wohl aber ist umgekehrt der Aussteller berechtigt (§ 793 I Satz 1) — aber ebenfalls nicht verpflichtet (§ 793 I Satz 2) — die Legitimation des Inhabers zu prüfen und dem Präsentanten der Urkunde insbesondere entgegenzuhalten,[8]) daß er nicht deren wahrer Eigentümer[9]) sei (oder nicht einmal als Bevollmächtigter, Nießbraucher, Pfandgläubiger sein Verfügungsrecht vom Eigentümer ableite), sondern daß sein Recht

[1]) Vgl. EBGB. Art. 100.

[2]) Vgl. zu diesen Punkten §§ 1187 ff. (Hypothek), 1270 (Pfandrecht); vgl. §§ 935 II und 1081 ff. wegen des Eigentumserwerbs und Nießbrauchs an Inhaberpapieren überhaupt.

[3]) Vgl. Mot. II S. 694/695.

[4]) Vgl. auch Endemann S. 887 Anm. 26 auf S. 888.

[5]) Vgl. Mot. II S. 697; vgl. auch Denkschrift S. 145.

[6]) Wegen des unredlichen Erwerbers vgl. unten S. 509/510.

[7]) Denkschrift S. 145.

[8]) Dies kommt dann zugleich dem wahren Eigentümer zu gute.

[9]) Denkschrift S. 144, Kommissionsprot. nach Haidlen S. 892.

Digitized by Google

unredlich erworben oder (z. B. das Inkassomandat durch Widerruf) erloschen sei.

Die Schuldverschreibung, zu deren Ausstellung im allgemeinen jedermann befugt ist (vgl. wegen § 795 unten S. 514) und welche der Inhaberklausel nicht bedarf,[1]) gehört selbstverständlich (wie Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und Anweisung) zu denjenigen Verpflichtungen, welche nur im Wege schriftlicher Herstellung ins Leben gerufen werden können. Hierbei ist aber zur Erleichterung der Emission vorgesehen worden, daß betreffs der Unterschrift ein Faksimile genügt (§ 793 II Satz 2, oben S. 238); andrerseits kann (§ 793 II Satz 1) in der Urkunde selbst[2]) die Gültigkeit der Unterzeichnung von Beobachtung besonderer Formen abhängig gemacht werden, um der Gefahr[3]) vorzubeugen, daß der Aussteller ohne seinen Willen haftet, wenn ein mechanisch hergestelltes Effektenformular, das etwa schon in der Druckerei mit den Faksimile-Unterschriften des Ausstellers und mit dem Ausstellungsdatum versehen wurde, zwar nach dieser Herstellung, aber vor der wirklichen Ausfertigung ohne den Willen des Ausstellers in Umlauf kommt. Diese Thatsache könnte dann der Aussteller jedem Präsentanten der Urkunde zufolge § 796 als eine die Gültigkeit der Ausstellung betreffende Einwendung wirksam entgegenhalten.

Weitere Einwendungen,[4]) welche § 796 zuläßt, sind die sich aus dem Inhalte der Urkunde ergebenden (z. B. aus der Einrückung von Bedingungen und Zeitbestimmungen und etwa auch[5]) des Schuldgrundes), sowie[6]) Einreden gegen den Inhaber unmittelbar (z. B. die Kompensationseinrede).

---

[1]) Mot. II S. 697.

[2]) Mot. II S. 696.

[3]) Eine derartige Gefahr ist ja neuerdings wieder durch die „Affaire Grünenthal" in die Erscheinung getreten.

[4]) Unter „Einwendungen" versteht das BGB. (vgl. Mot. II S. 699) hier und anderswo außer den Einreden im eigentlichen Sinne (vgl. oben S. 313) auch die Geltendmachung solcher Thatsachen, welche die Entstehung des Schuldverhältnisses hindern oder es ipso jure aufheben.

[5]) Vgl. Mot. II S. 699.

[6]) Vgl. hierzu HGB. (Art. 303 II) § 364 II, aber wesentlich abweichend Wechsel-Ordnung Art. 82; wegen der Anweisung vgl. BGB. § 792 III Satz 1.

Digitized by Google

Der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist ebenso wie der einer Anweisung (§ 785, oben S. 507) und wie z. B. der Wechselschuldner[1]) nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet;[2]) er erwirbt übrigens damit das Eigentum an der Urkunde, selbst wenn der Präsentant nicht verfügungsberechtigt war (§ 797), und ist somit[3]) gegen nachträgliche Vindikation der Urkunde durch den wahren Gläubiger gesichert.

Die Haftung des Ausstellers ist aber im Interesse des Verkehrs zeitlich begrenzt und unter Beseitigung der erheblichen Rechtsverschiedenheiten in Deutschland[4]) folgendermaßen geordnet worden: die Haftung erlischt (§ 801), wenn nicht binnen einer Vorlegungsfrist — welche mangels anderer Bestimmung in der Urkunde selber auf 30 Jahre nach dem Fälligkeitstermine der Leistung (bezw. bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen auf 4 Jahre nach dem 31. Dezember des Fälligkeitsjahres) bemessen ist — die Präsentation zur Einlösung erfolgt. Geschieht letzteres oder erfolgt statt der Vorlegung die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, so tritt an Stelle der Präklusion des Präsentationsrechts eine zweijährige Anspruchsverjährung. Sowohl betreffs der Vorlegungsfrist wie betreffs der Verjährung gibt § 802 dem Gläubiger die Befugnis, den Beginn und den Lauf der Frist durch den Antrag auf Zahlungssperre[5]) zu hemmen.

Der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber kann zwar, aber muß nicht[6]) die Umschreibung der Urkunde

[1]) Vgl. Mot. II S. 700, wo auch die exceptio doli Erwähnung findet, welche sich darauf gründet, daß der Gläubiger die Urkunde erworben habe, um dem Aussteller dessen Einreden gegen den Vormann abzuschneiden. Dazu Meisner S. 271 f. darüber, daß, wie für den entsprechenden Art. 82 der Wechsel-Ordnung und HGB. Art. 303, hierher auch alle Fälle gerechnet werden müssen, bei welchen nur objektiv ein arglistiges Verhalten vorliegt.

[2]) Außerdem kommt wegen des Anspruchs auf Quittung § 368 (oben S. 373) in Betracht. Auch kann der Aussteller (vgl. I. Lesung § 688 und Mot. II S. 698) Vermerke über die Leistung bezw. über Abschlagszahlungen auf die Urkunde setzen.

[3]) Kommissionsprot. bei Haidlen S. 899.

[4]) Vgl. Mot. II S. 703, insbes. Anm. 2 und auch Denkschrift S. 146.

[5]) Ueber sie vgl. die Novelle zur CPO. § 850a—d (Reichstagsvorlage Nr. 250).

[6]) Vgl. jedoch EBGB. Art. 101.

Digitized by Google

auf den Namen eines bestimmten Berechtigten vornehmen (§ 806) und somit die Urkunde aus einem Inhaberpapier in ein Namenpapier verwandeln. Dadurch ist ein Sicherheitsmittel geschaffen worden,[1]) um nötigenfalls den Gefahren vorzubeugen, welche mit der Legitimation des bloßen Inhabers und der Einschränkung des Vindikationsrechts (BGB. § 935 II) verbunden sind, und um auch in allen denjenigen Fällen die Schuldverschreibung „festzumachen", in welchen (wie zu Gunsten eines Mündels, einer Stiftung, eines Kommunalverbandes, eines Familienfideikommisses) der Weiterbegebung des Papiers ein Riegel vorgeschoben werden muß. Zur Erreichung dieses Zweckes hat das BGB. die erwähnte Umwandelung in ein Namenpapier vorgesehen (wie sie z. B.[2]) in Bayern, Württemberg, Mecklenburg bekannt war) und diese Methode der (z. B.[3]) in Preußen, Sachsen, Braunschweig, Oldenburg) bekannten Außerkurssetzung[4]) vorgezogen.[5])

Der Gefahr einer Haftung aus einer abhanden gekommenen Schuldverschreibung kann der Aussteller durch ein Amortisationsverfahren[6]) vorbeugen, und das gleiche Verfahren kann aus dem gleichen Grunde und wegen Vernichtung der Schuldverschreibung auch der Inhaber in Bewegung setzen (§ 799 I Satz 1), wobei ihm der Aussteller behilflich sein (§ 799 II) und (§ 800) nach der durch das Ausschlußurteil[7]) festgestellten Kraftloserklärung eine neue Urkunde ausstellen muß. Eine solche neue Urkunde kann der Inhaber auch beanspruchen (§ 798), wenn die alte beschädigt

[1]) Vgl. Denkschrift S. 147 f., aber vor allem Mot. II S. 713 f.

[2]) Ferner (Mot. II S. 715) in Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt, Lübeck, Hamburg.

[3]) Ferner (Mot. II S. 714) ebenfalls in Sachsen-Weimar, sowie in Koburg-Gotha, Anhalt, Sachsen-Altenburg, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck, Lippe-Detmold, Reuß ä. L., Bremen.

[4]) Ueber die Gründe, welche gegen sie sprachen, vgl. Mot. II S. 716.

[5]) Von der nur in Bayern bekannten „Vinkulierung" (Mot. II S. 715) wurde ganz abgesehen.

[6]) Ueber gesetzliche Vorläufer zu §§ 799 f. vgl. Mot. II S. 705/6, 708 Anm. 1.

[7]) Ueber das Aufgebotsverfahren vgl. CPO. §§ 837—850 und dazu auch die Novelle, Reichstagsvorlage Nr. 237—250, insbesondere Nr. 250 (§§ 850a—d), oben S. 511 Anm. 5.

Digitized by Google

oder verunstaltet und daher nicht mehr zum Umlaufe geeignet ist; vorausgesetzt wird[1]) hier aber, daß die alte Urkunde noch in ihrer Individualität erkennbar ist; denn andernfalls müßte das eben geschilderte Aufgebotsverfahren stattfinden.

Dies Aufgebotsverfahren gilt übrigens (§ 799 I Satz 2) nicht für die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen[2]) (weil[3]) diese wegen ihrer geldähnlichen Natur und Funktion nicht gut für kraftlos erklärt werden dürfen), sowie für Zinsscheine, Rentenkoupons und Gewinnanteilscheine (welche ja[3]) nur über kleine Beträge zu lauten pflegen und deren Amortisation eine unverhältnismäßige Mühe verursachen würde). Hier greift vielmehr § 804[4]) ein, welcher dem Inhaber dieses Scheins gestattet, sich sein Gläubigerrecht zu wahren, indem er vor Ablauf der Vorlegungsfrist (oben S. 511) dem Aussteller Anzeige von dem Verluste macht; dann darf er den Betrag abheben, falls nicht von anderer Seite der Schein präsentiert oder der Anspruch eingeklagt worden war, bevor die Präsentationsfrist gänzlich abgelaufen und hierdurch der Aussteller von seiner Haftung überhaupt frei geworden war.

Von diesen Zins- und Rentenscheinen spricht auch § 805, welcher bestimmt, daß neue derartige Scheine (Koupons) an den Inhaber des sog. Erneuerungsscheines (Talons) nicht gegeben werden dürfen, sondern nur an den Inhaber der Schuldverschreibung selbst, welcher diese vorlegt, wenn dieser Inhaber, gleichviel aus welchem Grunde, der Ausgabe neuer Scheine widersprochen hat; denn dadurch entzieht er dem Erneuerungsscheine die diesem (im Gegensatz zum Zinsscheine als Inhaberpapier) innewohnende (bloße) Kraft als unvollkommenes Legitimationspapier.[5])

---

[1]) Vgl. Mot. II S. 713.

[2]) Vgl. hierzu Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 (RGBl. S. 177) § 4.

[3]) Vgl. Mot. II S. 706.

[4]) Ueber den bisherigen Rechtszustand in Deutschland vgl. Mot. II S. 709 f. — Vgl. ferner EBGB. Art. 100 Nr. 2.

[5]) Vgl. auch Mot. II S. 702/3 und Kommissionsprot. nach Haiblen S. 908.

Digitized by Google

Die Koupons selber sind von der Hauptforderung unabhängig [1]) und bleiben daher in Kraft (§ 803), auch wenn die Hauptforderung erlischt oder die Zinspflicht aufgehoben bezw. verändert wird.[2]) Indem der Gesetzgeber zu einer über diese Frage bestehenden Kontroverse im erwähnten Sinne Stellung genommen hat, schloß er sich der in Norddeutschland herrschenden Verkehrsauffassung an[3]) und dispensierte den Aussteller von der Pflicht, bei Präsentation eines jeden Koupons die Fortdauer der Hauptverbindlichkeit zu prüfen.[4])

Die Sondervorschriften des Gesetzes (oben S. 508) über Schuldverschreibungen, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird (§ 795 I), gipfeln darin, daß bei Strafe der Nichtigkeit und bei Ersatzpflicht[5]) gegenüber dem Inhaber (§ 795 III) ihre Emission[6]) von staatlicher Genehmigung[6]) abhängt; diese Notwendigkeit entfällt nur bei den staatlich ausgegebenen[7]) Schuldverschreibungen (§ 795 IV) und ferner, wenn (wie bei Dividendenscheinen) das Versprechen sich nicht auf eine bestimmte Geldsumme richtet.

Was die in § 807 erwähnten Urkunden betrifft, so ist der Wille des Ausstellers darüber entscheidend, ob sie als Inhaberpapiere[8]) oder als bloße Legitimationspapiere zu betrachten sind; so werden Theater- und Konzertbillets, Bier- und Speisemarken, Badekarten in der Regel Inhaberpapiere sein sollen, nicht dagegen unübertragbare Rückfahrtkarten,[9]) Blockbillets, Passe-

---

[1]) Vgl. auch Denkschr. S. 147.

[2]) Dies ist aber eine blos dispositive, durch Bemerkungen im Zinsschein selbst ausschließbare Bestimmung.

[3]) Mot. II S. 701.

[4]) Die Bestimmung des § 803 II bedarf angesichts der Einlösungspflicht des Ausstellers nicht der Erklärung.

[5]) Vgl. HGB. Art. 181 a, 215 c (§§ 209, 320 III). — Wegen der Kriminalstrafe vgl. EBGB. Art. 34 Nr. IV.

[6]) Nicht etwa von staatlicher Garantie (Mot. II S. 719). — Ob die Landeszentralbehörde landesherrliche Zustimmung einzuholen hat, entscheidet das partikulare Staatsrecht (Mot. a. a. O.).

[7]) Vgl. dazu EBGB. Art. 100.

[8]) Uebrigens muß es sich nicht gerade um Papierstoff handeln. Auch Blechmarken gehören hierunter, da sie „Urkunden" sind.

[9]) Ebenso Saisonbillets; Rundreisebillets dagegen pflegen Namenpapiere zu sein.

Digitized by Google

partouts zur Kunstausstellung u. dgl. Sofern sie nun als Inhaberpapiere gelten können, dehnt das Gesetz auf sie die Vorschriften über das Gläubigerrecht des jeweiligen Inhabers (§ 793 I, § 794), sowie über die dem Aussteller zustehenden Einwendungen (§ 796) und seinen Anspruch auf Herausgabe der Urkunde bei Vornahme der Leistung (§ 797) aus, nicht aber die übrigen Normen des 22. Titels.[1])

§ 808 denkt an Urkunden wie Sparkassenbücher, Leihhausscheine und Versicherungspolicen, bei denen zwar oft der Gläubiger benannt ist, der Aussteller jedoch an jeden Präsentanten gültig zahlen kann, ohne zu der ihm freistehenden Legitimationsprüfung gezwungen zu sein. Das Aufgebotsverfahren[2]) kann durch die Urkunde selbst, aber auch durch Statuten, Reglements u. s. w. für ausgeschlossen erklärt werden.[3])

Die Vorschriften des 20. Titels finden auch Anwendung auf einen auf den Inhaber ausgestellten Grundschuldbrief (§ 1195).

Dreiundzwanzigster Titel. § 129. Die Vorlegung von Sachen.

In Titel XXIII (§§ 809—811) „Vorlegung von Sachen" wird zunächst (§ 809) die sog. actio ad exhibendum und alsdann (§ 810) der Anspruch auf Urkundenedition erörtert und endlich (§ 811)[4]) wegen beider Fälle eine Anordnung getroffen, daß nämlich die Vorlegung der Sache[5]) in der Regel an dem geographischen Orte stattfinden müsse, wo sie sich befindet; damit ist aber nichts darüber gesagt, ob die Vorlegung im Wohn- oder Geschäftsraum des Verpflichteten oder anderswo zu erfolgen hat; dies ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen[6]) zu entscheiden. — §§ 809 und 810

[1]) Gar nicht in Frage kommen die Spezialbestimmungen der §§ 795, 803 bis 805; absichtlich (Mot. II S. 722) nicht herangezogen sind §§ 798 und 806. Zu §§ 799—802 vgl. den Vorbehalt des EBGB. Art. 102 I.

[2]) Vgl. die Novelle zur CPO. § 850e, Reichstagsvorlage Nr. 250.

[3]) Vgl. zu § 808 auch EBGB. Art. 99, 102 II.

[4]) Zu § 811 II vgl. insbesondere Sächs. BGB. § 1567.

[5]) § 811 I Satz 2 hat natürlich nur einen Sinn wegen beweglicher Sachen, während § 809 auch auf unbewegliche bezogen werden kann.

[6]) Insbesondere nach § 242; vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 917.

Digitized by Google

weichen vom bisherigen Civilrecht, soweit es die beiden Fragen überhaupt erörtert,[1]) ein wenig ab, § 810 schließt sich den Vorschriften der CPO. über Vorlegung gemeinschaftlicher Urkunden durch den Prozeßgegner[2]) an. — § 809 insbesondere rückt den Editionsanspruch in die recht engen Schranken des Nachweises sowohl eines Interesses[3]) an der Besichtigung der (beweglichen oder unbeweglichen)[4]) Sache wie eines gegen den Besitzer der Sache entweder bestehenden oder vermuteten Anspruchs.[5]) Somit wird ein wirksamer Schutz gegen frivole und gar unlautere[6]) Ausübung des Exhibitionsanspruchs gegeben. Beide Ansprüche (§§ 809 und 810) können übrigens außer gegen den unmittelbaren auch gegen den mittelbaren Besitzer[7]) geltend gemacht werden[8]) und begegnen in modifizierter Ausgestaltung noch bei andern Gelegenheiten.[9])

Vierundzwanzigster Titel. § 130. Die ungerechtfertigte Bereicherung.

Wie die „Zustandsobligation", zu denen die im Titel XXIII behandelten zu rechnen wären, würde auch die „Ungerechtfertigte Bereicherung"[10]) des Titels XXIV (§§ 812—822) als „quasikontraktliche" Verpflichtung unter die ex variis causarum figuris entstehenden (gesetzlichen) Verbindlichkeiten gehören. Ihr schließen

[1]) Vgl. insbesondere Sächs. BGB. §§ 1565, 1566, während code civil hier gänzlich schweigt und für Preußen höchstens ALR. I, 12 § 399 und AGO. I, 10 § 93 in Betracht kommen. Vgl. Mot. II S. 889 Anm. 2, 890 Anm. 1, 891 Anm. 1 u. 2.

[2]) Vgl. insbesondere CPO. § 387 II, nicht sowohl dagegen § 394, auf den freilich (entsprechend § 175 der I. Lesung die auch noch bei Haidlen S. 916 abgedruckten) Mot. II S. 891/892 anspielen.

[3]) § 809 spricht nur von Interesse, § 810 von rechtlichem Interesse. Vgl. oben S. 71 Anm. 4.

[4]) Vgl. oben S. 515 Anm. 5.

[5]) Die Mot. II S. 890 führen außer dem guten Beispiel der Alternativobligation (oben S. 330) das immerhin fernliegende Beispiel der Holzgerechtigkeit an.

[6]) Z. B. um Kunst- oder Gewerbegeheimnisse auszuforschen (Mot. II S. 890).

[7]) BGB. § 868.

[8]) Die Mot. (II S. 591) heben dies nur betreffs § 809 hervor.

[9]) Vgl. zu § 809 auch §§ 867 (1005), 1632, zu § 810 auch §§ 79 (oben S. 167/168), 716 (oben S. 483), 1563, 2010, 2264. Auf demselben Grundgedanken beruhen außer §§ 402, 444, 896 (Mot. II S. 892 Anm. 2) auch §§ 259 ff. (oben S. 329), §§ 2027 f., 2057, 2314.

[10]) Anger, Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht Bd. VII, 1897, S. 657—693).

Digitized by Google

sich dann im Titel XXV (unten S. 523 ff.) die „unerlaubten Handlungen" als Gründe der „Delikts-" oder „Quasideliktsobligationen" an. — Will man durchaus[1]) die Bestimmungen des Titels XXIV in die Zwangsjacke der römischrechtlichen Terminologie stecken, so wird man sagen müssen, daß auf einen Einleitungssatz in § 812, der (entsprechend § 262 ALR. I, 13) alle Kondiktionsfälle umfaßt, in §§ 813 f. die condictio indebiti, in § 815 (und in § 812 I Satz 2 a. E.) die condictio causa data causa non secuta (condictio ob causam datorum), in § 817 die condictio ob (iniustam vel) turpem causam, in § 821 die condictio sine causa folge und daß § 812 I Satz 2 a. A. die condictio ob causam finitam streife. — Doch wäre eine solche Heranziehung der begrifflichen Schablonen der Pandekten[2]) angesichts der freieren Gestaltung der endgültigen Gesetzesfassung nicht blos überflüssig, sondern wohl auch gefährlich und irreleitend.

Der Kardinalsatz des § 812 sagt, daß dasjenige herauszugeben sei, was jemand von einem andern ohne rechtlichen Grund (§ 812 I Satz 1) bezw. (§ 812 I Satz 2) nach Fortfall des Rechtsgrundes[3]) oder nach Ausfall des bezweckten Erfolges[4]) erlangt hat, sei es durch eine Leistung des andern, sei es sonstwie auf des andern Kosten.[5]) Es soll also der an sich stattgehabte Rechts- oder Vermögenserwerb mittels eines persönlichen Anspruchs rückgängig gemacht werden dürfen, weil jener Erwerb

[1]) Nach dem Vorgange des I. Entwurfs §§ 737 ff.

[2]) Auch Endemann S. 895 Anm. 2, 897 Anm. 8, 898 Anm. 14, S. 901 Anm. 26 knüpft an diese gemeinrechtliche Einteilung der Kondiktionen an, ebenso Schollmeyer S. 105 Anm. 4 und 5, S. 107 (Mitte), S. 108 oben, Anger S. 659 f.

[3]) Z. B. (Endemann und Gareis S. 179) das Patent, welches angekauft wurde, wird wieder vernichtet.

[4]) Z. B. (Kommissionsprot. nach Haiblen S. 918) die Ehe kommt nicht zu stande, zu welcher der Empfänger einer Summe kraft Auflage einen Teil dieser Summe als Mitgift verwenden sollte.

[5]) Da es nicht erforderlich ist, daß der Gegenstand aus dem vorhandenen Vermögen des Kondiktionsberechtigten in das Vermögen des Beklagten übergeht. So kann (Endemann und Gareis S. 180 sub 2) der Cessionar kondizieren, wenn der debitor cessus irrig an den Cedenten zahlte.

[6]) Kommissionsprot. nach Haiblen S. 917.

Digitized by Google

sich auf keinen in den Beziehungen zwischen Geber und Empfänger vorliegenden Rechtsgrund zu stützen vermag. — Kondizierbar ist[1]) alles, was als Vermögenswert oder -bestandteil durch seinen Übergang in das fremde Vermögen eine Bereicherung hervorrufen kann; also nicht blos eine körperliche Sache, sondern auch die Begründung einer obligatorischen Verpflichtung, der Erlaß eines Anspruchs, die Einräumung eines Besitzes,[2]) sowie (§ 812 II, oben S. 503) der positive oder negative Schuldanerkennnisvertrag.

Die eigentliche condictio indebiti greift (§ 813 I) nicht blos Platz, wenn die Verbindlichkeit nie oder nicht mehr bestand, sondern auch, wenn ihr eine peremtorische Einrede (z. B. die Einrede der Drohung oder der arglistigen Täuschung) anhaftete; die einzige Ausnahme macht die Einrede der Verjährung (§ 222 II, oben S. 301 f.). Wenn eine befristetete Forderung vor Eintritt des Fälligkeitstermins erfüllt wurde (§ 813 II), so liegt für den Gläubiger keine Bereicherung, für den Schuldner also kein Grund zur Kondiktion vor;[3]) zweckmäßiger Weise hat das Gesetz dem Schuldner auch den Anspruch auf Erstattung von Zwischenzinsen versagt.[4]) — Dagegen darf eine vor Eintritt der Suspensivbedingung erfüllte Forderung kondiziert werden[5]) und ebenso das an Erfüllungsstatt Gegebene.[6]) — Der Irrtum, welcher auch nach dem BGB. eine Voraussetzung der condictio indebiti bildet,[7]) wird aber bei Leistung auf eine nicht bestehende Forderung ohne weiteres vermutet und ist deshalb nicht von dem Rückfordernden zu behaupten und zu beweisen.[8]) Vielmehr ist es Sache des Beklagten, nachzuweisen, daß

[1]) Vgl. Mot. II S. 830.

[2]) Vgl. hierzu I. Lesung § 737 III und Mot. II S. 830. Eine condictio possessionis kann z. B. (Mot. II S. 834) als condictio indebiti eintreten, wenn man ein Grundstück behufs Erfüllung eines darüber vermeintlich geschlossenen Kaufvertrages vor der Auflassung übergeben hat.

[3]) Ebenso Sächs. BGB. § 1521, code civil art. 1185 f., gemeines Recht (Windscheid § 426 S. 549 Anm. 8).

[4]) Vgl. hierzu BGB. § 272 und auch ALR. I, 16 §§ 168 f.

[5]) Vgl. oben S. 273.

[6]) Vgl. § 364 (oben S. 374). Ebenso das für den Schuldner von einem Dritten Geleistete.

[7]) Dabei wird aber nicht unterschieden zwischen Rechtsirrtum, Irrtum in Thatsachen, entschuldbarem und unentschuldbarem Irrtum. Ebenso ALR. I, 16 §§ 166 ff., code civil art. 1376 f.

[8]) Anders nach ALR. I, 16 §§ 166,

Digitized by Google

der Gegner den Mangel der Verpflichtung kannte. Denn dann ist (§ 814) die Rückforderung ausgeschlossen (weil die Absicht einer Schenkung vorliegen dürfte), und ebenso,[1]) wenn die Leistung lediglich einer sittlichen oder Anstandspflicht entsprach. Darum wird die Rückforderung zwar z. B. statthaft sein, wenn die Leistung zur Erfüllung einer wegen Formwidrigkeit nichtigen Verpflichtung erfolgte,[2]) aber nicht,[3]) wenn sie vom Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich vorgenommen wurde. — Auf ähnlichen Erwägungen beruht der in § 815 angeordnete Ausschluß der condictio causa data causa non secuta bei Kenntnis des Leistenden von der (thatsächlichen oder rechtlichen) Unmöglichkeit eines Eintrittes des mit der Leistung bezweckten Erfolges; auf dem Wunsche nach Harmonie mit § 162 II (oben S. 269) beruht[4]) der Ausschluß der Rückforderung bei eigenmächtiger, wider Treu und Glauben verstoßender Verhinderung des Erfolges durch den Leistenden (§ 815). — Endlich ist die condictio ob (iniustam vel) turpem causam[5]) ausgeschlossen (§ 817), wenn auch der Leistende gegen ein gesetzliches Verbot (z. B. gegen das Verbot der Beamtenbestechung) oder gegen die guten Sitten verstieß. Nur wird von der Ausnahme wiederum eine Ausnahme gemacht und die Regel tritt abermals ein, d. h. der Empfänger ist zur Herausgabe des durch eine turpis causa Erlangten (zur Befreiung des Schuldners) verpflichtet, wenn die Leistung selber in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestanden hatte und der Schuldner diese Verbindlichkeit noch nicht erfüllt hat.

Der Kondiktionsanspruch kann je nach der Sachlage durch Klage, aber auch durch Einrede geltend gemacht werden; in letzterer

178, 181, Sächs. BGB. § 1533. Im gemeinen Recht besteht hier eine Kontroverse (vgl. Windscheid § 426 S. 553 Anm. 19).

[1]) Seit der II. Lesung. Vgl. insbes. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 921. Vgl. auch ALR. I, 16 § 178 Nr. 1.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. a. a. O.

[3]) Vgl. (gegen Mot. II S. 833) Meisner S. 282 Anm. 4.

[4]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 922.

[5]) Ueber den Anspruch, welcher in diesen Fällen nach ALR I, 16 §§ 205 f., 209 dem Fiskus auf das Gegebene zustand, vgl. oben S. 178.

Digitized by Google

Hinsicht ist es nun wichtig, daß § 821 eine Ausnahme von der Regel (oben S. 301) aufstellt, daß mit der Klage auch die Einrede verjährt. Denn selbst wenn für denjenigen, welcher ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit einging (z. B. ein Schuldanerkenntnis, eine Bürgschaft), der Anspruch auf Befreiung von dieser Verbindlichkeit verjährt ist, so kann er die Erfüllung dennoch weigern, indem er die condictio indebiti einredeweise geltend macht.[1]) — Während diese Bestimmung aus der zweiten Lesung stammt, so ist erst durch die Reichstagskommission[2]) die auf Billigkeitserwägungen beruhende Ausdehnung des Kondiktionsanspruchs gegen den Dritten[3]) erfolgt, welchem der Gegenstand durch den herausgabepflichtigen Empfänger unentgeltlich zugewendet wurde (§ 822); dabei wird aber vorausgesetzt, daß der erste Empfänger selber nicht mehr zur Herausgabe der Bereichung oder zum Wertersatz verpflichtet geblieben ist.[4])

Hiermit berühren sich die von § 816 ins Auge gefaßten Fälle. Es handelt sich hier um Verfügungen, welche zwar von oder gegenüber einem Nichtberechtigten getroffen werden, welche jedoch in casu concreto auch der eigentlich Dispositionsberechtigte gegen sich gelten lassen muß. So[5]) die nochmalige Abtretung der cedierten Forderung durch den Cedenten (§ 408 I, oben S. 384) oder die Zahlung der Schuld durch den debitor cessus an den Cedenten (§ 407 I, ebenda) oder der in seiner Rechtswirkung bisher sehr bestrittene[6]) Fall einer Zwangsvollstreckung, welche zugleich eine dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörige Sache umfaßt und zu deren Versteigerung geführt hat.[7]) In allen solchen Fällen

[1]) Mit Recht verweist hier Meisner S. 821 auf BGB. § 478 I (oben S. 410) und 490 III (oben S. 413).

[2]) Kommissionsprot. nach Haidlen S. 929. Zu dieser Bestimmung vgl. sehr zutreffende Bemerkungen bei Endemann S. 896 und 896 Anm. 5.

[3]) Vgl. auch ALR. I, 13 § 276.

[4]) Insbesondere, weil er die Schenkung an den Dritten in gutem Glauben vornahm; vgl. auch Schollmeyer S. 108, Meisner S. 286 a. E., Fischer-Henle S. 323.

[5]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 922/23.

[6]) Vgl. Meisner S. 282 f.

[7]) Vgl. ferner BGB. § 851 und vor allem BGB. §§ 932 ff., 892 f. über den gutgläubigen Mobiliar- bezw. Immobiliarerwerb.

Digitized by Google

muß derjenige, welcher sich aus diesem Vorgange auf Kosten des Dispositionsberechtigten bereicherte,[1]) den erlangten Vorteil herausgeben.

Es bleibt nur noch zu erörtern (§§ 818—820), worauf sich der Kondiktionsanspruch richtet. Zunächst ist der Beklagte zur „Herausgabe" des Empfangenen verpflichtet. „Herausgabe" ist hier[2]) im weitesten Sinne als Restitution überhaupt zu verstehen, d. h. nicht blos auf Tradition bezw. Auflassung der körperlichen Sache zu beziehen, sondern auch auf Beseitigung bezw. Wiederbegründung eines indebite begründeten bezw. aufgegebenen Rechtes, auf Rückübertragung der cedierten Forderung, auf Wertvergütung für geleistete Dienste (§ 818 II) u. s. w.

An Stelle des Gegenstandes selber sind (§ 818 I) die Surrogate für seine Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung und bei Unmöglichkeit einer Naturalrestitution des Erlangten[3]) ist sein Wert (§ 818 II) zu erstatten, und auch die Nutzungen teilen das Schicksal der Hauptsache (§ 818 I). — Alle diese Ansprüche erlöschen aber, sobald für den gutgläubigen Empfänger — was er beweisen muß[4]) — eine Bereicherung[5]) nicht mehr vorliegt, mag sich dies auch aus einem Verschulden des Bereicherten erklären.[6])

Dieses sehr milde Maß der Restitutionspflicht nimmt jedoch sein Ende und die allgemeinen Grundsätze über die Erstattungs-

---

[1]) Es ist dies in den drei von § 816 erörterten Einzelfällen jedesmal eine andere Person: nach Abs. I Satz 1 z. B. der Pfändungspfandgläubiger gegenüber dem früheren Eigentümer der versteigerten Sache wegen des Auktionserlöses; nach Abs. I Satz 2 z. B. derjenige, welchem der Depositar das Depositum geschenkt hat, wegen dieses Gegenstandes; nach Abs. II der Cedent, an welchen der gutgläubige debitor cessus zahlte, wegen der Valuta.

[2]) Vgl. Mot. II S. 834.

[3]) Z. B. weil dies mit den Gegenständen des Empfängers ununterscheidbar vermischt oder untrennbar verbunden ist.

[4]) Vgl. Mot. II S. 837.

[5]) Von einer Bereicherung ist aber erst die Rede nach Abzug der vom Empfänger gemachten Verwendungen. Das Gesetzbuch unterscheidet dabei nicht (wie code civil art. 1381) zwischen verschiedenen Arten von Verwendungen.

[6]) Vgl. Mot. II S. 836. — Wesentlich anders ALR. I, 13 §§ 265 ff., welches auch noch (ebenso wie code civil art. 1378 ff.) zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen unterscheidet.

Digitized by Google

pflicht eines bösgläubigen Empfängers (§§ 292, 987 ff.) kommen zur Anwendung, sobald der Restitutionsanspruch rechtshängig geworden ist (§ 818 IV). In zwei Fällen wird aber dieser Augenblick des Beginnes der strengeren Haftung zurückdatiert; in strengerer Weise haftet nämlich der Empfänger schon vom Augenblicke des Empfanges ab: erstens (§ 819) wenn der Kondizierende beweisen kann, daß der Empfänger den Mangel des Rechtsgrundes kannte[1]) oder seinerseits durch Annahme der Leistung gesetzwidrig oder moralwidrig handelte; und zweitens (§ 820), wenn der ungewisse Erfolg, mit Rücksicht auf welchen die Leistung stattfand (z. B. das auf den Fall der Verheiratung hin gegebene Schenkungsversprechen), wirklich nicht eintrat oder wenn der Rechtsgrund, dessen Wegfall als möglich angesehen wurde, in der That wegfiel; denn unter solchen Umständen muß der Empfänger auf die Rückgabe des Empfangenen ebenso gefaßt sein,[2]) wie z. B.[3]) derjenige, welcher einen Gegenstand bei Eintritt einer Bedingung herauszugeben hat (§ 158, oben S. 268).

Auf die Vorschriften des XXI. Titels wird vom BGB. noch wiederholt Bezug genommen. So in §§ 527 I, 528 I Satz 1, 531 Satz 2 (oben S. 425 f.) für die Rückgabe des Geschenkes; in §§ 543 II und 628 I a. E. (oben S. 430 und 453) für Rückgabe des im voraus entrichteten Mietszinses bezw. Dienstleistungshonorars bei vorzeitiger Lösung des Kontraktes; in §§ 951 I Satz 1 und 977 Satz 1 bei Rechtsverlusten, die nach den Grundsätzen über Verbindung, Vermischung und Verarbeitung bezw. über Fundererwerb eintreten, und ferner z. B.[4]) in § 852 II, welcher anordnet, daß nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten

[1]) Erfährt er diesen Mangel später, so haftet er vom Augenblicke der mala fides superveniens an. — Es muß positive Kenntnis vorliegen; fahrlässige Unkenntnis (§ 122 II, oben S. 340/341) genügt nicht.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haiblen S. 928.

[3]) Als weitere zutreffende Beispiele für diesen Grundsatz führen die Kommissionsprot. a. a. O. noch an: § 346 (oben S. 367), § 326 (oben S. 360) und § 467 (oben S. 406).

[4]) Vgl. noch §§ 682, 684 Satz 1, 988, 993 I, 1301 Satz 1, 1399 II Satz 2, 1455, 1539 Satz 1, 1973 II, 2021, 2196, 2287 I, 2329 I.

Digitized by Google

Bereicherung trotz Verjährung des eigentlichen Anspruches auf Schadenersatz dasjenige herauszugeben sei, was der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung (z. B. durch den Diebstahl) auf Kosten des Verletzten erlangte.

Fünfundzwanzigster Titel. § 131. Die unerlaubten Handlungen.

Es leitet uns diese Vorschrift zum letzten (XXV.) Titel des 7. Abschnittes herüber, der von den „Unerlaubten Handlungen" spricht. — Von seinen 31 §§ 823—853 ist uns ein Teil bereits bekannt, nämlich §§ 825, 827 ff., 847 aus unseren Betrachtungen über die soziale Färbung des Gesetzbuches (vgl. oben S. 62 f. und 74 f.)[1]) ferner §§ 827 f., 842 ff. aus unseren Betrachtungen über die Rechtsverhältnisse des Embryo und über die Bedeutung der Altersstufen (vgl. oben S. 102, 103, 107 sub 2, 108 sub 5), endlich § 852 (oben S. 522/523) auch aus der Lehre von der Verjährung (oben S. 296).[2]) — Die übrigen Bestimmungen betreffen folgende Punkte: Die Haftung wegen unerlaubter Handlungen überhaupt (§ 823); die kreditgefährdende Verleumdung (§ 824); die Verstöße gegen die guten Sitten (§ 286); das Verhältnis mehrerer verantwortlicher Personen (§§ 830, 840 f.); Haftung für fremdes Verschulden (§§ 831 f.); Haftung für den durch Tiere verursachten Schaden (§§ 833—835) und für den Einsturz eines Gebäudes (§§ 836—868); Beamtendelikte (§ 839; vgl. 841); konkurrierendes

[1]) Vgl. zu Tit. 25 auch Lühl, Gründe und Arten der Deliktshaftung nach dem neuen BGB. für das Deutsche Reich, Erlanger Inaugural-Dissertation, Düsseldorf 1897. Ferner Jung, Delikt und Schadensverursachung, Heidelberg 1897; Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des BGB. zur objektiven Schadenersatzpflicht, Freiburg i. B. 1896; Lenel, Zum Begriff der unerlaubten Handlung im BGB. (in der Deutschen Juristen-Zeitung II, 1897, Nr. 21 S. 409 ff.); Nöldeke, Die außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach den §§ 831, 832 BGB. (in Gruchots Beiträgen, Jahrg. 41, 1897, S. 766 ff.). Für einige Fragen auch Weyl im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. XIV (1898) S. 79 ff. — Die Schrift von v. Liszt, die Deliktsobligationen im System des BGB., Berlin 1898 (Nr. VIII der Sammlung: das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen) konnte nicht mehr berücksichtigt werden. — Zur II. Lesung vgl. v. d. Borght in den Jahrb. für Nationalökonomie und Statistik, 3. Folge, Bd. 11, Jena 1896, S. 99—112.

[2]) Zu § 853 vgl. den analogen § 821 oben S. 520.

Digitized by Google

Verschulden des Verletzten (§ 846); Herausgabepflichten u. dgl. (§§ 848—851).

Der 25. Titel wird vom „Verschuldungsprinzipe" beherrscht, indem nur der Nachweis[1]) vorsätzlicher bezw. fahrlässiger Handlungsweise die Ersatzpflicht begründet; das „Veranlassungsprinzip" (des älteren deutschen Rechts) wurde von der Reichstagskommission[2]) als zu weitgehend und einer feiner entwickelten Rechtsauffassung zuwiderlaufend abgelehnt und lediglich für die Fälle der §§ 829, 833 und 835[3]) aus Billigkeitsrücksichten adoptiert. Ausgeschlossen ist die Haftung, wenn sie durch Notwehr und im allgemeinen auch, wenn eine Sachbeschädigung durch Notstand[4]) oder erlaubte Selbsthilfe veranlaßt und entschuldigt wird (§§ 227 ff., oben S. 303 ff.). Der Umfang des Ersatzanspruches regelt sich, ohne daß er nach dem Grade des Verschuldens abgestuft wird,[5]) nach §§ 249 ff. (oben S. 324); seine Vererblichkeit und Uebertragbarkeit, sowie die Beschränkung auf einen Vermögensschaden bildet die lediglich durch § 847 (oben S. 63, 74) durchbrochene Regel. Einen Ersatzanspruch hat im allgemeinen (Ausnahmen in §§ 844 und 845, vgl. oben S. 102) nur der unmittelbar, nicht auch — wie nach dem bisherigen Rechte[6]) und nach dem I. Entwurfe[7]) — der mittelbar Geschädigte[8]). — Neben den Normen des BGB. bleiben noch zahlreiche Vorschriften des älteren Reichsrechts[9]) und auch viele Normen des Partikularrechts[10]) anwendbar.[11])

---

[1]) Vgl. wegen der Beweislast Mot. II S. 729. Die Vermutungen des ALR. I, 6 §§ 25 f. hat das BGB. nicht aufgenommen. — Wegen konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten vgl. unten S. 532.

[2]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 936.

[3]) Vgl. auch §§ 122 I, 179 II und 231.

[4]) Vgl. zu BGB. § 228 aber auch die Modifikation in § 904.

[5]) Wie dies nach ALR. I, 6 §§ 10 ff., 99 ff. der Fall ist.

[6]) Vgl. ALR. I, 6 §§ 10, 12, 15, I, 3 §§ 22 ff., Sächs. BGB. § 1508.

[7]) I. Lesung § 704 I: wenn der Schaden vorausgesehen werden konnte und mußte.

[8]) Die Einwilligung des Geschädigten in die schädigende Handlung (I. Lesung § 706) hat je nach der Sachlage exkulpierende Wirkung oder nicht. Vgl. Meisner S. 291 sub 6.

[9]) Vgl. EBGB. Art. 42 und zufolge Art. 32 auch z. B. Strafgesetzbuch §§ 188, 231.

[10]) Vgl. EBGB. Art. 69—72, 79, 105—108.

[11]) Vgl. ferner zur Ergänzung des

Digitized by Google

Was nun diejenigen unerlaubten Handlungen selber betrifft, für welche eine Verantwortlichkeit vorgesehen worden ist, so geht das BGB. weit über die vom römischen Rechte gezogenen Grenzen der lex Aquilia und ihrer späteren gemeinrechtlichen Ausdehnung auf bestimmte andere Deliktsfälle hinaus. Denn das BGB. sagt, bevor es auf einzelne Delikte (wie Kreditgefährdung, Wildschaden, Beamtendelikte u. s. w.) zu sprechen kommt, zunächst in § 823 I ganz allgemein,[1]) daß für Schadensverursachung ein jeder einzustehen habe, der „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben,[2]) den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt". Geschützt sind also nicht blos die „Persönlichkeitsrechte" — einschließlich der Ehre,[3]) vgl. insbesondere § 824, und des Namens; vgl. oben S. 125 — sondern auch das Vermögen im weitesten Sinne, d. h. also neben dem Eigentum auch die anderen dinglichen und[4]) die obligatorischen Rechte. — § 823 II läßt sodann eine Haftung eintreten auf Grund eines schuldhaften[5]) Verstoßes „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz". Nicht alle Gesetze bezwecken nämlich den „Schutz eines anderen" oder überhaupt eines Einzelindividuums, sondern sie bezwecken (wie z. B. die Verbote des Verkaufs verfälschter Nahrungsmittel oder verseuchten Viehs)[6]) den Schutz der Allgemeinheit, oder sie sind

BGB. auch die Novelle zur CPO. §§ 274 IV Satz 3 und 4, 563 II, 655 II, 822a, Reichstagsvorlage Nr. 77, 113, 169, 234.

[1]) Ebenso die neueren Gesetze überhaupt. (ALR. I, 6 §§ 10 ff., Sächs. BGB. §§ 116 f., 773 ff., 1483 ff., code civil art. 1382 f.) Vgl. auch Denkschrift S. 148.

[2]) Wegen dieses Punktes vgl. zur Ausdrucksweise des Gesetzes oben S. 87 Anm. 1 und auch Schollmeyer S. 109 Anm. 1, Meisner S. 290 Anm. 1 und wegen der Formulierung des § 823 I überhaupt meine oben S. 89 Anm. 7 erwähnte Studie S. 80 Anm. 2.

[3]) Vgl. (gegen Schollmeyer S. 111) Endemann S. 909 Anm. 9.

[4]) Dies ist mit Meisner S. 290 sub 3 gegen Schollmeyer S. 109/110 aus den Worten „oder ein sonstiges Recht" zu folgern. Die Hervorhebung einzelner obligatorischer Rechte in §§ 844 und 845 ist hiergegen nicht beweisend, da dort besondere Rechtsfolgen erörtert werden.

[5]) Die in § 823 II ins Auge gefaßte Möglichkeit, daß ein Verstoß gegen das Gesetz auch ohne Verschulden stattfinden könne, tritt namentlich bei vielen Polizeivorschriften ein.

[6]) Vgl. die oben S. 254 erwähnten Gesetze. Andere Beispiele (vgl. Kom-

Digitized by Google

nicht einmal in dieser Richtung als Schutzgesetze zu betrachten (so [1]) das Verbot, eine Kneipe über die Polizeistunde hinaus oder am Sonntag-Nachmittage offen zu halten). Unter die in § 823 II genannten Gesetze gehört nun die zuletzt erwähnte Gruppe zweifellos nicht; nach der richtigeren Auffassung [2]) aber auch nicht die auf Schutz der Allgemeinheit berechneten Gesetze, da § 823 (I und II) doch wohl nur Verletzungen subjektiver Rechte, nicht des objektiven Rechts überhaupt ins Auge faßt. — Ergänzend greift § 826 ein, welcher jede Rechtsausübung, selbst die chikanöse Ausübung eines formalen Rechts,[3]) mit Schadensersatzpflicht bedroht, wenn sie illoyal[4]) ist, vorausgesetzt freilich, daß sie vorsätzlich erfolgte.

§ 824 enthält betreffs der kreditgefährdenden Verleumdung eine Ergänzung des Strafgesetzbuchs, welches in §§ 187, 188 einen Bußanspruch wegen sonstiger Nachteile für Erwerb und Fortkommen des Verletzten und auf Grund blos fahrlässiger Handlungsweise (BGB. § 824 II a. E.) nicht anerkennt; Abs. II entspricht dem Strafgesetzbuch § 193 und soll [5]) insbesondere die Auskunftsbureaus schützen.

§ 825 bemüht sich, einen Mittelweg zwischen einem allgemeinen Defloration sanspruche aller weiblichen Personen (auch der über 16 Jahre alten und der verheirateten) und der gänzlichen Schutzlosigkeit wegen ihrer Einwilligung in die unsittliche Handlungsweise einzuschlagen.

Die in § 827 Satz 1 sanktionierte, dem geltenden Rechte [6])

missionsprotok. nach Haidlen S. 935) enthält Strafgesetzbuch §§ 360 Nr. 6, 368 Nr. 2 im Gegensatze zu dem nur auf den individuellen Schutz des einzelnen berechneten § 299. — Vgl. auch EBGB. Art. 107.

[1]) Vgl. Reichstagskommissionsbericht S. 1987.

[2]) So Endemann S. 910, Schollmeyer S. 111. Anders mit Bezugnahme auf die Ansicht der Regierungsvertreter in der Reichstagskommission (Kommissionsbericht a. a. O.) und gegen die Auffassung der Kommission für die II. Lesung Meisner S. 288 ff.

[3]) Vgl. oben S. 66 ff. über das Chikaneverbot.

[4]) Vgl. Mot. II S. 726.

[5]) Vgl. Kommissionsprotok. nach Haidlen S. 938.

[6]) Vgl. ALR. I, 6 §§ 39 ff., Sächs. BGB. §§ 81 f., 119, sowie wegen des gemeinen Rechts Windscheid II § 475 S. 712 ff.

Digitized by Google

entsprechende Deliktsunfähigkeit der des Vernunftgebrauches beraubten Personen bezieht sich nicht auf Handlungen, die während lichter Zwischenräume[1]) und (§ 827 Satz 2) während selbstverschuldeter Trunkenheit u. dergl. vorgenommen wurden; den Mangel eigenen Verschuldens bei Entstehung der Trunkenheit muß der Beklagte beweisen.

Wie § 828 I, so entspricht auch § 830 dem geltenden Recht.[2]) § 830 I Satz 2 trifft insbesondre die Fälle einer Tötung oder Verletzung bei Raufhändeln. Ob außer dem Anstifter und Gehilfen (§ 830 II) auch der Begünstiger und Hehler auf Schadensersatz bezw. Herausgabe der Bereicherung haftet, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen.[3])

Die Regelung der Haftung für fremde Handlungen[4]) (§§ 831 ff.) entspricht im ganzen dem gemeinen, preußischen und sächsischen Recht,[5]) nicht etwa dem strengen Standpunkt des französischen Rechts.[6]) § 831 bezieht sich insbesondere auf Handlungen des Beauftragten, des Dienstpflichtigen einschließlich des Dienstboten, des geschäftsführenden Gesellschafters,[7]) nicht aber auch auf Handlungen des gesetzlichen Vertreters (z. B. Vormundes). Die Beweislast ist zu Gunsten des Beschädigten dahin geregelt worden (§ 831 I Satz 2, § 832 I Satz 2), daß der dominus negotii die Vermutung der Fahrlässigkeit (§ 276 I, oben S. 341) widerlegen und insbesondere diligentia in eligendo nachweisen muß. Gleich dem dominus negotii haftet, wer für ihn durch Vertrag und nicht etwa blos thatsächlich eingriff (§ 831 II, § 832 II). Der

---

[1]) Anders (oben S. 112) betreffs der Geschäftsfähigkeit.

[2]) Vgl. ALR. I, 6 § 41 (I, 4 § 20), §§ 29 ff., Sächs. BGB. §§ 47, 81, 119, §§ 777 ff., 1495; wegen des gemeinen Rechts zu BGB. §§ 827 f. Windscheid I §§ 54 S. 129 f., 71 S. 174, 101 S. 289, zu BGB. § 830 Windscheid II § 455 S. 645, § 298 Note 15.

[3]) Vgl. Mot. II S. 738. — Zu § 830 vgl. auch EBGB. Art. 108.

[4]) Vgl. auch Denkschr. S. 150 f. und außerdem EBGB. Art. 106, 107.

[5]) ALR. I, 6 §§ 53, 57, 64 f., I, 13 § 36; Sächs. BGB. § 779; wegen des gemeinen Rechts Windscheid II, § 457 S. 649.

[6]) Code civil art. 1384.

[7]) Vgl. §§ 662 ff., 611 ff., 710 ff., EBGB. Art. 95 II. Etwas anders wegen des Gasthauspersonals §§ 701 ff. (oben S. 478 f.).

Digitized by Google

Schade muß aber[1]) durch den Urheber nicht etwa blos „bei Gelegenheit" der Verrichtung verursacht worden sein, sondern „in Ausübung" derselben: eine Voraussetzung, deren Nachweis dem Kläger oft sehr schwer fallen und welche voraussichtlich die Judikatur zu ähnlichen Zweifeln und Erwägungen führen wird, wie im Gebiete der Unfallversicherung die Frage,[2]) ob ein Unfall sich „bei dem Betriebe" ereignet hat.

Wegen der Haftung für den durch Tiere verursachten Schaden (§§ 833—835) unterscheidet das Gesetz die allgemeinen Fälle (§§ 833 f.) und den Wildschaden (§ 835). In den allgemeinen Fällen wird — unter Beseitigung der bedeutenden Abweichungen in den geltenden Rechtssystemen[3]) und insbesondere unter Beseitigung der Preisgabe des Tieres (noxae datio), sowie ohne Unterscheidung zwischen wilden Tieren und Haustieren und zwischen einem Verhalten des Tieres contra oder secundum naturam sui generis — die Haftung ganz generell angeordnet und dem vertragsmäßig Aufsichtspflichtigen der Exkulpationsbeweis der Diligenz bezw. des ohnedies anzunehmenden Schadens freigelassen. — Die Haftung für Wildschaden[4]) ist namentlich im Interesse des mittleren und kleinen Grundbesitzes eingeführt worden; doch ist mit Rücksicht auf die erhebliche Rechtsverschiedenheit innerhalb Deutschlands[5]) be-

[1]) Vgl. Mot. II S. 736.

[2]) Vgl. Unfallversicherungsgesetz § 1 I und Weyl, Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts, § 77 S. 367 ff. — Die sehr umfangreiche Judikatur des Reichsversicherungsamtes (vgl. das Handbuch der Unfallversicherung, Leipzig 1892, 2. Aufl. ebenda 1896) liefert eine Fülle von Musterbeispielen zur Beurteilung der Fragen, wie weit hier ein örtlicher und zeitlicher Kausalzusammenhang angenommen werden kann.

[3]) Vgl. wegen des gemeinen Rechts Windscheid II § 457 S. 650. Ferner vgl. ALR. I, 6 §§ 70 ff., Sächs. BGB. §§ 1560 f., code civil art. 1385 und sehr ausführlich die Mot. II S. 809 ff.

[4]) Vgl. hierzu sehr eingehend Denkschrift S. 153 ff., Kommissionsprot. nach Haiblen S. 949 ff. Reichstagskommissionsber. S. 1988 ff. und Sitzungsprot. S. 2821—2850, 3064 f.

[5]) Besondere Gesetze über Ersatz des Wildschadens bestehen z. B. in Preußen und Bayern; keine Ersatzpflicht besteht z. B. in Sachsen, Württemberg und Baden (etwa 11% des Reichsgebiets); nur nach den allgemeinen Grundsätzen (also insbes. nur wegen Verschuldens, das aber z. B. auch in übermäßiger Hegung von Wild liegen kann), richtet sich die Ersatzpflicht auf etwa 9% der Reichsfläche. Vgl. Kommissionsprot. nach Haiblen S. 949.

Digitized by Google

treffs einiger untergeordneter Punkte[1]) die Partikulargesetzgebung bestehen geblieben. Die von Verschulden unabhängige Haftung des bezw. der[2]) Jagdberechtigten bietet dem geschädigten Grundstückseigentümer (bezw. Nießbraucher, Pächter u. s. w.)[3]) einen Ersatz für das ihm nach Lage der Jagdgesetzgebung fehlende Recht, sich selbst gegen den drohenden Schaden zu schützen.[4]) Als „Schadenwild" gelten nach einem Beschlusse des Reichstages auch die Fasanen, dagegen wurde die Haftung für den durch Hasen (etwa auch in Gärten und Baumschulen) angerichteten Schaden entgegen dem Vorschlage der Reichstagskommission im Plenum nach lebhaftesten Debatten unter namentlicher Abstimmung abgelehnt.[5])

Die Haftung für den durch Baulichkeiten[6]) (deren Einsturz bezw. Ablösung von Teilen, z. B. der Dachrinne) veranlaßten Schaden[7]) an Sachen oder Menschen ist in Abweichung von der römischrechtlichen Beschränkung auf die Anwendungsfälle der lex Aquilia und der cautio damni infecti[8]) im Sinne der neueren Kodifikationen[9]) geordnet worden. Haftbar[10]) ist im allgemeinen nicht der Eigentümer, sondern — da er über den gefahrdrohenden Zustand des Gebäudes besser unterrichtet sein wird — der Eigenbesitzer[11]) (§ 836 III) oder derjenige, welcher das Gebäude in Ausübung eines Rechtes (wie Pacht, Nießbrauch) besitzt bezw. seine Unterhaltung übernommen hat (§ 837); doch haftet für den innerhalb eines Jahres nach Beendigung seines Besitzes eingetretenen Unfall

[1]) EBGB. Art. 70 und 71; vgl. auch Art. 69 und 72.

[2]) Vgl. § 835 Abs. II wegen der sog. Jagdenklaven, Abs. III wegen der landesgesetzlich organisierten gemeinschaftlichen Jagdbezirke und dazu außer den Kommissionsprot. (nach Haidlen S. 950) auch Denkschrift S. 153, 154.

[3]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 950 und Denkschrift S. 153.

[4]) Vgl. Kommissionsprot. nach Haidlen S. 949.

[5]) Vgl. Reichstagskommissionsbericht S. 1989 und Sitzungsprot. vom 30. Juni 1896 S. 3064 f.

[6]) Bezw. andere mit Grundstücken verbundene Werke, wie massive Mauern.

[7]) Vgl. Mot. II S. 814 ff., Denkschrift S. 155 f.

[8]) Mot. a. a. O.

[9]) ALR. I, 8 §§ 36 f., 70 und I, 6 §§ 10 ff., 26, code civil art. 1386, Sächs. BGB. § 351.

[10]) Die Frage nach einem Regreßanspruche (z. B. gegen den Baumeister) entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Vgl. Mot. II S. 818.

[11]) Ueber diesen Begriff vgl. § 872.

Digitized by Google

auch der frühere Besitzer[1]) (§ 836 II) wegen seiner präsumtiven Fahrlässigkeit. Die diesbezügliche Vermutung kann er widerlegen und überhaupt kann sich jeder haftpflichtige Besitzer der Haftung durch den Nachweis entziehen, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 I, oben S. 76) beobachtet habe (§ 836 I Satz 2, II), der Vorbesitzer ferner durch den Nachweis einer Fahrlässigkeit des späteren Besitzers (§ 836 II). — Der Kausalzusammenhang zwischen der präsumierten Fahrlässigkeit und dem schädigenden Erfolge wird durch den vom Beschädigten nachzuweisenden Umstand vermittelt, daß der Einsturz die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung des Gebäudes gewesen ist.

Sehr groß ist augenblicklich die Rechtsverschiedenheit im Punkte der Haftung der Beamten[2]) für Amtsdelikte, und in manchen Einzelheiten bestehen wichtige Kontroversen.[3]) Soweit nun nicht etwa schon § 823 (oben S. 525) eingreift (z. B.[4]) wegen Freiheitsberaubung, Strafgesetzb. § 239, oder wegen Rechtsbeugung, ebenda § 336), kommen die Sondervorschriften der §§ 839 und 841 zur Anwendung. Nach ihnen haftet der Beamte für vorsätzliche und für fahrlässige Amtspflichtverletzung, für letztere aber nur subsidiär[5]) (§ 839 I); ein Spruchrichter ist jedoch wegen Amtspflichtverletzung bei dem Urteil[6]) in einer Rechtssache (nicht, wie die Regierungsvorlage gewollt hatte: „bei der Leitung oder Entscheidung einer

---

[1]) Er soll sich also nicht durch schleunige Aufgabe des Besitzes der Haftung entziehen können (Denkschr. S. 155, Kommissionsprot. nach Haidlen S. 954 (955).

[2]) Daneben kann nach Partikularrecht eine Haftung des Staates in Frage kommen. Vgl. BGB. Art. 77. — Von besonderen Bestimmungen über Haftung öffentlicher Sachverständiger hat das BGB. Abstand genommen. Vgl. Mot. II S. 827 f.

[3]) Vgl. die Uebersicht in den Mot. II S. 819 ff. In Betracht kommt neben dem gemeinen Recht („Syndikatsklage") und dem ALR. II, 10 §§ 88 ff., 127 ff., sowie dem Sächs. BGB. §§ 1506 f. (der code civil enthält keine Sondervorschriften) auch das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 (RGBl. S. 47) § 13.

[4]) Die Mot. II S. 822 verweisen auch noch auf St.GB. §§ 322 ff., 339 ff. (bis 357), 174 Nr. 2 und 3.

[5]) Vgl. ALR. II, 10 § 91, Sächs. BGB. §§ 1506 f.

[6]) Der Reichstag (Sitzungsprot. S. 2855 ff., 3067 ff.) wollte die in § 839 II enthaltene günstige Stellung der richterlichen Beamten (einschließlich der erkennenden Verwaltungsbeamten) auf das geringste Maß beschränken.

Digitized by Google

Rechtssache")[1] civilrechtlich nur dann verantwortlich, wenn er zugleich kriminell verantwortlich ist, und wenn es sich auch nicht blos um pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung handelt (§ 839 II); und jedesfalls wird die Haftung überhaupt paralysiert, wenn der Verletzte selbst, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig, versäumt hat, den Instanzenzug zu erschöpfen.[2]) — Insbesondere auf Vormundschafts- und Konkursrichter gemünzt ist § 841, der die Bestimmung enthält, daß, wenn neben dem pflichtvergessenen Beamten eine andere Person (Vormund oder Konkursverwalter) für die von ihr besorgte Geschäftsführung verantwortlich ist, in dem Verhältnisse dieser anderen Person und des Richters nicht dieser, sondern jene als verantwortlich zu betrachten ist.

Diese Vorschrift leitet herüber zu den Grundsätzen des BGB. über die Haftung mehrerer schadensersatzpflichtiger Personen. Nach außen hin (also insbesondere gegenüber dem Verletzten) haften sie jedesfalls als Gesamtschuldner[3]) (oben S. 389 ff.), und die Ausnahmen an dieser Regel betreffen nur das Innenverhältnis. Derartige Ausnahmen statuiert das BGB., neben den eben erwähnten, den Vormundschafts- oder Konkursrichter betreffenden (§ 841), noch nach drei Richtungen: einmal (§ 840 II) wegen der Haftung desjenigen, welcher einen andern zu einer Verrichtung bestellt (§ 831, oben S. 527) oder welcher kraft Gesetzes über einen Minderjährigen oder Kranken die Aufsicht zu führen hat (§ 832); zweitens (§ 840 II) wegen des durch ein Tier oder durch eine Baulichkeit herbeigeführten Schadens (§§ 833—838, oben S. 528 und S. 529); drittens (§ 840 II) wegen der Haftung eines Aufsichtspflichtigen für die Handlungen des nicht verantwortlichen (z. B. minderjährigen) Thäters (§ 829). Was nämlich das Verhältnis dieser mehreren neben einander dem Verletzten haftbaren Personen zu einander betrifft, so ist im zuletzt genannten Falle nur der Aufsichtspflichtige (der Vater bezw. Vor-

[1]) Daß nunmehr die beiden Paragraphen 1674 und 1848 gänzlich gegenstandslos sind, daß man dies aber bei der Schlußfassung offenbar übersehen hat, ist von mir in meiner oben S. 89 Anm. 7 (S. 523 Anm. 1) erwähnten Studie S. 95/96 ausgeführt worden.

[2]) Vgl. Meisner S. 303 Anm. 4.

[3]) Einzige Ausnahme § 835 III wegen des Wildschadens.

Digitized by Google

mund), im zweiten Falle nur der Dritte (z. B. der unvorsichtige Baumeister), im ersten Falle nur der zu der Verrichtung Bestellte bezw. der Beaufsichtigte verantwortlich und demnach dem andern Beteiligten, wenn gerade dieser vom Verletzten belangt worden ist, regreßpflichtig.

Ein gleichzeitiges Verschulden des Verletzten selbst findet nur rücksichtlich einer Tötung, Körper- oder Gesundheitsverletzung und Freiheitsentziehung (§§ 844, 845) Beachtung, und zwar (§ 846) dahin,[1]) daß — wie bei Schuldverhältnissen überhaupt (§ 254, oben S. 327) — der Richter wegen der Kulpakompensation in Abwägung der Umstände freie Hand hat.

Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen (BGB. §§ 249 ff., oben S. 324 ff.); doch haftet derjenige, welcher einem andern eine Sache durch unerlaubte Handlung entzogen hat, in verschärftem Maße für Zufall (§ 848);[2]) auch muß er den Wertersatz für die Sache oder ihre Wertminderung verzinsen (§ 849);[3]) andererseits kann er wegen Verwendungen dieselben Ansprüche[4]) erheben, wie der Besitzer gegen den vindicierenden Eigentümer (§ 850 und dazu §§ 994 ff.);[5]) auch wird er, abgesehen von Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis der Ansprüche eines Dritten, durch die Ersatzleistung an denjenigen befreit, welcher die Sache zur Zeit der Besitzentziehung bezw. der Beschädigung in Besitz hatte und mithin von dem Ersatzpflichtigen als Eigentümer betrachtet werden konnte (§ 851).[6])

[1]) Das ist eigentlich selbstverständlich, aber von der II. Kommission ausdrücklich gesagt worden. Vgl. auch Meisner S. 305.

[2]) Vgl. dazu den analogen § 287 Satz 2 (oben S. 344).

[3]) Vgl. oben S. 321 Anm. 2 und auch § 290 (oben S. 344).

[4]) Das römische Recht gab hier keine Ansprüche auf Impensenersatz. Vgl. Mot. II S. 741.

[5]) Vgl. aber auch § 273 II (oben S. 335).

[6]) Vgl. dazu § 1248 sowie Kommissionsprot. bei Haiblen S. 979.

Digitized by Google

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung Oskar Beck in München.

Soeben ist erschienen:

Bürgerliches Gesetzbuch

vom 18. August 1896

nebst dem Einführungsgesetze

vom 18. August 1896.

Handausgabe

mit Einleitung, erläuternden Anmerkungen und Sachregister

in Verbindung mit

Eugen Ebert, Amtsgerichtsrat und Hilfsrichter am OLG. zu Breslau, und **Heinrich Schneider,** Ob.-Reg.-Rat im k. b. Staatsminist. d. Justiz zu München,

herausgegeben

von

Dr. Otto Fischer, ord. Prof. der Rechte zu Breslau, und **Wilhelm Henle,** Ob.-Reg.-Rat im k. b. Staatsminist. d. Justiz zu München.

Zweite vollständig neu bearbeitete Auflage.

77 Bog. 8°. In eleg. Leinwandbande **6 M. 50 ₰.**

Fischer-Henle's Handausgabe des BGB.'s hatte sich einer so günstigen Aufnahme zu erfreuen, daß die erste in sehr starker Zahl gedruckte Auflage sich binnen 1½ Jahren vergriffen hat. Die neue Auflage erscheint zwar in nur wenig vermehrter Bogenzahl. Aber durch eine etwas kompressere Druckeinrichtung und durch Einführung einer Reihe von leichtverständlichen Abkürzungen ist es gelungen, erheblich mehr in den Anmerkungen auf demselben Raume zu bieten. Es sind nur ganz wenig Paragraphen, deren Erläuterung unverändert geblieben ist. Durchweg sind die Civilprozeßordnung und Konkursordnung bereits in der neuen Paragraphierung citiert; ebenso wurden die Verweisungen auf die Grundbuchordnung, das Zwangsversteigerungsgesetz, das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, das neue Handelsgesetzbuch aufgenommen. Das Sachregister, das in der 1. Auflage eine etwas knappe Fassung erhalten hatte, wurde auf mehr als das doppelte erweitert und dürfte in seiner nunmehrigen Gestalt den weitestgehenden Ansprüchen genügen. So steht zu hoffen, daß auch die neue Auflage des bewährten Hilfsmittels des Lobes sich würdig erweisen wird, das der 1. Auflage so reichlich zu Teil wurde.

Textausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Abdruck (mit auf das Doppelte erweitertem Sachregister). 700 S. Geb. **2 M. 50 ₰.**

Textausgabe der Civilprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898. Mit Sachregister. Geb. **2 M.**

Textausgabe der Konkursordnung in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898. Mit Sachregister. Geb. **1 M.**

Oberregierungsrat Schneider's erläuterte Ausgabe des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit. Geb. **2 M.**

Früher sind erschienen:

Geh. Regierungsrat Dr. Krech's erläuterte Ausgabe der Grundbuchordnung vom 24. März 1897. Mit Sachregister. Geb. **1 M.**

Oberregierungsrat W. Henle's erläuterte Ausgabe des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897. Mit Sachregister. Geb. **2 M.**

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nebst Einf.-ges.

Textausgabe (mit Seerecht) mit Sachregister. Geb. **1 M. 80 ₰.**

Handausgabe (ohne Seerecht) mit Erläuterungen von Professor Dr. C. Gareis. Geb. **4 M.**

Digitized by Google

Ferner erschien:

Grundriß zur Einführung
in das
Bürgerliche Gesetzbuch
unter Berücksichtigung der Nebengesetze

bearbeitet von

E. Grünewald, kais. Geh. Justizrat in Metz und **H. Freudenthal,** kais. Landgerichtsrat in Metz.

26 Bogen. gr. 8°. In Ganzleinwand geb. 5 *M.*

Grünewald-Freudenthal's Grundriß will das Studium des BGB.'s erleichtern.

In **„Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts"** heißt es: „Referent freut sich, diesem Buche begegnet zu sein. Es handelt sich hier nicht um eine systematische oder rechtsvergleichende Arbeit, sondern um den — wie wohl gesagt werden darf — gelungenen Versuch, für das Studium und die Praxis der neuen Kodifikation eine dankenswerte Hilfe dadurch zu leisten, daß eine **möglichst gedrängt gefaßte Wiedergabe der einzelnen Gesetzes-Paragraphen** begleitet wird durch den Hinweis auf solche Bestimmungen, die mit der betreffenden Materie in irgend einem Zusammenhange stehen, aber an einer anderen Stelle des Gesetzbuchs zu suchen sind. Hierdurch wird namentlich die für den Anfang der praktischen Anwendung des BGB.'s sehr naheliegende Gefahr vermieden, die darin besteht, daß für die Entscheidung maßgebende Bestimmungen leicht übersehen werden können, weil sie nicht in sede materiae stehen ..."

Die **„Zeitschrift f. internat. Privatrecht"** (Herausgeber: Oberstlandesgerichtsrat Böhm) urteilt: „Die Verfasser haben sich durch die umsichtige, verläßige, ebenso präzise wie klare Bearbeitung dieses Grundrisses um die Erleichterung des Studiums des Gesetzbuchs verdient gemacht. Zur Überwindung des im Gesetzbuche angehäuften gewaltigen Stoffes ist insbesondere für den Praktiker das Bedürfnis nach rascher Orientierung gegeben; der Grundriß erscheint daher als ausgezeichnetes Hilfsmittel auch für den Gebrauch des Gesetzbuches. Druck und Ausstattung sind gleich vorzüglich." —

Eugen Ebert, Amtsgerichtsrat in Breslau („Schlesische Zeitung"): „Die Rechtsinstitute des Bürgerlichen Gesetzbuches sind so übersichtlich dargestellt, daß seine einzelnen Rechtsvorschriften sich leicht dem Gedächtnis einprägen."

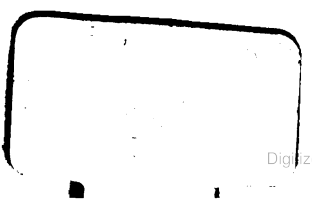
Wilhelm Henle, Oberregierungsrat im kgl. bayr. Staatsministerium der Justiz, schreibt in der „Augsburger Abendzeitung": „Das praktische Buch erweist sich als ein wertvolles Hilfsmittel für das Studium des BGB.'s."

Briefliche und mündliche Äusserungen praktischer Juristen, die der Verlagshandlung zugegangen sind, beweisen die hervorragende Brauchbarkeit von „Grünewald-Freudenthal's Grundriss" für das Studium des bürgerlichen Rechtes; auch als Grundriss für Vorlesungen wird das Werk von seiten akademischer Lehrer empfohlen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Printed in Germany
Digitized by Google


Digitized by Google

Digitized by Google